

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE CIENCIAS DE LA
INFORMACIÓN

DEPARTAMENTO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL

TESIS DOCTORAL

adquirida de Baja
en la
Biblioteca

La protección jurídica de la creatividad
publicitaria en los medios impresos.

Se recuerda al lector no hacer más
uso de esta obra que el que
permiten las disposiciones Vigentes
sobre los Derechos de Propiedad
Intelectual del autor. La Biblioteca
queda exenta de toda responsabilidad.

Autora: Montserrat M^a Vázquez Gestal

Director de tesis: Prof. Dr. Manuel Fernández Areal

PONTEVEDRA - DICIEMBRE DE 1.999.

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS
DE LA INFORMACIÓN
BIBLIOTECA GENERAL
Nº Registro S.D. 605

*A mis padres, Emilio y M^a del Carmen,
por mostrarme que es posible hacer
florecer un bello jardín en un desierto.
Por todas vuestras alegrías y desvelos.
Gracias.*

AGRADECIMIENTOS.

Resultaría falso pensar que este trabajo es solo fruto de nuestra dedicación y esfuerzo, de horas de lectura y búsqueda de datos para conseguir el resultado final.

Reza el dicho que “es de bien nacido ser agradecido” y pecaríamos de lo contrario si no reconociésemos lo importantes que han sido otras personas para que esta investigación llegase a buen término.

Aún a riesgo de olvidarme a alguien en el camino y, aunque pueda parecer un tópico, son muchas las personas que “han sufrido” la realización de esta tesis doctoral. A todos ellos mis gracias más sinceras.

Siempre es preciso comenzar por alguien, y ello corresponde a quien más ha tenido que soportarme, día tras día, sin descanso. Mi primer agradecimiento para Manuel, compañero de “pecera” durante los últimos siete años y espero que durante toda mi vida. Gracias por tus ánimos y por confiar en mí más que yo misma, sobre todo en los momentos en que pensaba que nunca podría concluir este trabajo.

Nunca podría haber realizado esta tesis sin el apoyo de mi familia, a los que tengo que agradecer tantas y tan buenas cosas:

A mis padres. La dedicatoria de este trabajo es una pequeña parte del reconocimiento que os debo. Gracias por enseñarme el valor de las cosas realmente importantes, por todo lo que me habéis dado y que nunca podré pagaros.

A mi hermana Mayka, que algún día leerá su tesis y verá cumplido un gran sueño, por escucharme todas las veces en que he necesitado desahogarme y a José Luis, por intentar poner un poco de silencio en esta ruidosa familia.

A mis sobrinos Carmen, Josecho y Blanca por tantos fines de semana en que me rescataron del ordenador y por dejar que los mime tanto. Por traer a casa gritos y travesuras, besos y sonrisas.

A todos mis hermanos: Emilio, Checho, Pablo, Rafa, Loreto, Asun y Jesús. Cada uno de vosotros forma parte de este trabajo por vuestros ánimos, prisas para que lo acabase y alegría cuando escribí la última letra.

No podría olvidarme de mi compañera de despacho, M^aLuz, a la que tengo tanto que agradecer que ni siquiera sé como expresarlo. Y a la que echaré tanto de menos cuando se vaya que probablemente no se lo perdone nunca. La próxima tesis será la tuya.

Gracias a mi director de tesis y maestro, el Prof. Fernández Areal, por confiar en mí, por haberme enseñado el mundo universitario desde otra óptica y permitirme formar parte de él. La palabra gracias nunca será suficiente.

A todos mis compañeros docentes de la Facultad de Ciencias Sociales de Pontevedra, por vuestros ánimos y consejos. A los alumnos y demás compañeros de fatiga, en especial al personal de biblioteca y, sobre todo a Marta, quien tuvo que sufrirme con más asiduidad.

Mi agradecimiento a todas las personas que me han apoyado y animado a seguir adelante. A mis amigas por estar siempre ahí y a todos aquellos que, a pesar de no estar físicamente a mi lado, se han instalado definitivamente en mi corazón.

Pontevedra 31 de diciembre de 1.999.

Montse Vázquez Gestal

ÍNDICE

INDICE

Protección jurídica de la creatividad publicitaria en los medios impresos.

Introducción.

Cap. 1: Análisis de la creatividad.

1.1.- Significado etimológico y aparición del término.....	21
1.2.- Primeros estudios	23
1.2.1.- Influencia de la Psicología.	26
1.3.- La creatividad a partir de los años 50.	29
1.3.1.- El proceso creativo.....	29
1.3.2.- El sujeto creativo.....	33
1.3.2.1.- El genio	34
1.3.2.2.- Pensamiento creador: sujeto y proceso.....	36
1.3.3.- El producto creativo.	40
1.3.4.- El comportamiento creativo: técnicas de la creatividad.	41
1.4.- Los años 70. El paradigma cognitivo.	57
1.5.- Creatividad publicitaria.	63
1.6.- El proceso creativo publicitario.	67
1.6.1.- La estrategia creativa	70
1.6.2.- Las filosofías creativas.	78
1.6.3.- El proceso de creación.....	85
1.6.4.- La “gran idea” publicitaria.....	99

Cap. 2.- La protección de las creaciones originales

2.1.- La legislación sobre propiedad intelectual.	117
2.1.1.- Evolución histórica del derecho de autor.....	121
2.2.- La legislación sobre propiedad intelectual en España.....	129
2.2.1.- La Ley de Propiedad Literaria de 1.847	130
2.2.2.- La Ley de Propiedad Intelectual de 1.879	133
2.3.- La LPI de 1.987 y el Texto Refundido de la LPI de 1.996.	143
2.3.1.- Propiedad Intelectual: los derechos del autor.	145
2.3.2.- La noción de obra protegida en la Ley española.....	147
2.3.3.- Derechos de Propiedad Intelectual y derechos de Propiedad Industrial.....	155
2.3.4.- El derecho moral de los autores	158
2.3.5.- Los derechos de explotación.....	175
2.3.5.1.- El derecho de reproducción	180
2.3.5.2.- El derecho de distribución.....	182
2.3.5.3.- El derecho de comunicación pública	184
2.3.5.4.- El derecho de transformación.....	186
2.3.6.- Cesión de los derechos de explotación.....	194

Cap. 3: La protección de las creaciones originales publicitarias.

3.1.- Legislación publicitaria.....	202
3.2.- El Estatuto de la Publicidad de 1.964	205
3.2.1.- Los Principios Generales	207
3.2.2.- De las creaciones e ideas publicitarias	215
3.3.- La Ley General de Publicidad de 1.988.	227
3.3.1.- De la creación publicitaria y la situación de sus autores	229

3.3.1.1.- Obra colectiva. La coautoría.	239
3.3.1.2.- La relación laboral y la cesión exclusiva.	248
3.4.- El Estatuto de la Publicidad y la Ley General de Publicidad.	254
3.5.- Transformaciones sobre la obra publicitaria protegida.	260
3.6.- Derechos de autor y art. 20 de la Constitución Española.....	264

Cap. 4: **Los límites de la publicidad.**

4.1.- La Ley de Competencia Desleal. Ley 3/1.991, de 10 de enero.	276
4.2.- Ley General de Publicidad. Ley 34/1.988, de 11 de noviembre....	279
4.2.1.- La publicidad ilícita.	280
4.2.1.1.- Publicidad contraria a la dignidad de la persona.	283
4.2.1.2.- Publicidad engañosa.	284
4.2.1.3.- Publicidad desleal.	288
4.2.1.3.1.- Publicidad denigratoria.	288
4.2.1.3.2.- Publicidad adhesiva.	291
4.2.1.3.3.- Publicidad comparativa.	292
4.2.1.4.- Publicidad engañosa y desleal.	296
4.2.1.5.- Publicidad subliminal.	297
4.2.1.6.- Publicidad de bienes y servicios regulados por normativas especiales.	299
4.2.1.7.- Publicidad encubierta.	301
4.2.2.- La sanción de la publicidad ilícita.	303
4.3.- Protección de la creatividad en la Constitución Española.	305
4.3.1.- El derecho a la libertad de expresión.	306
4.3.1.1.- Publicidad y Primera Enmienda de la Constitución Americana.	310
4.3.2.- El derecho a la libertad de expresión en Europa.	318

4.3.2.1.- Libertad de expresión e información y actividad publicitaria en el Derecho Comunitario.	321
4.3.2.2.- Libertad de expresión, derecho a la información y publicidad en la Constitución Española. El art. 20.	331
4.3.2.3.- El art. 10 CEDH y el Art. 20 CE.	338

<u>Conclusiones.</u>	344
-----------------------------------	-----

<u>Bibliografía.</u>	350
-----------------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El trabajo que presentamos a continuación bajo el título “*La protección jurídica de la creatividad publicitaria en los medios impresos*” pretende mostrar la situación jurídica de la actividad de los creativos publicitarios, así como los derechos que éstos mantienen sobre la obra por ellos realizada.

La actividad publicitaria se manifiesta en la actualidad como uno de los valores fundamentales de aquéllos que quieren dar a conocer sus productos y servicios dentro de un mercado en el que son muchos los agentes que compiten para captar la atención de los consumidores.

A lo largo de los siglos las manifestaciones publicitarias han sido una constante si bien el fenómeno publicitario, tal y como lo conocemos en la actualidad, es fruto de las evoluciones sufridas por las distintas sociedades a partir de la Revolución Industrial, época de importantes avances en todos los aspectos de la sociedad, tal y como afirman autores como Anaut y que veremos a lo largo de nuestro estudio.

La gran cantidad de productos y servicios que se ofertan y las escasas diferencias que se manifiestan entre ellos hace necesario presentarse en el mercado de una forma diferente, llamar la atención por medio de algún recurso que permita al consumidor fijarse en nuestro producto y obviar el resto de los que concurren en ese mercado.

Esa diferenciación se busca en la actualidad por medio de la publicidad, un mensaje que convierte nuestro producto en algo diferente porque se presenta con unas características y connotaciones que, en la mayoría de los casos, resultan totalmente inmateriales, incluso espirituales. Una nueva forma de vida, un nuevo concepto de belleza, de amistad, de amor... que el consumidor va a conseguir sólo si se decide por un producto determinado.

La publicidad dota de una identificación especial al producto, de un algo que lo diferencia de los demás y que da al consumidor los mismos valores, la participación de esos valores que manifiesta el producto o el servicio que elige en un mercado donde la transparencia ha de ser una pauta constante.

Pero la publicidad es algo más que un conjunto de valores presentados al consumidor. Para llegar al mensaje final, el objeto de la creatividad publicitaria, será necesario un largo proceso en que anunciante y agencia han de caminar de la mano para conseguir esa expresión creativa que decante al consumidor por nuestro producto.

Esa expresión creativa final, en la que se contienen valores materiales e inmateriales, no es un simple dibujo realizado por un grupo creativo, por

un conjunto de personas que trabajan con un fin común, sino que se trata de una obra de arte, tal y como la definen autores como Ogilvy o Joannis y que veremos en páginas sucesivas.

Una obra de arte que, como tal, tiene que estar protegida o es susceptible de protección jurídica, del mismo modo que sus autores, los creativos, tienen derechos sobre la obra por ellos creada.

A simple vista, la cuestión parece sencilla. Una obra de arte y su autor son protegidos por la legislación de propiedad intelectual en cualquier país, pero la creatividad publicitaria y la situación de sus autores plantea una serie de peculiaridades, no sólo por la obra objeto de protección sino también por las circunstancias que concurren sobre los creativos a la hora de crear.

Son estas particularidades las que intentaremos delimitar a lo largo del presente trabajo. La obra creativa es el resultado final de una estrategia publicitaria y creativa en la que participan multitud de actores, sin embargo, sus autores son los creativos, ellos son los que, al final, dan forma a todas las opiniones, investigaciones y evoluciones producidas sobre el producto o servicio que va a anunciarse.

Pero además, el creativo no es un autor como los demás, es decir, sobre él concurren una serie de situaciones que determinarán cual es el poder que mantiene sobre su obra. Un poder limitado ya que hablamos de un autor que crea en colaboración con otros, un autor que crea bajo la supervisión de otro, un autor ligado a la empresa en la que trabaja en virtud de un contrato donde se estipula que determinados derechos sobre la obra son cedidos a la empresa o al anunciante.

Pero además consideramos oportuno analizar la protección que recibe la obra creativa desde el ámbito de la legislación publicitaria. Es decir, no solo la protección que recibe a través de la LPI si cumple los requisitos exigidos, sino analizar si la LGP ofrece alguna garantía de protección sobre la obra publicitaria creada por el grupo creativo.

La legislación publicitaria ofrece la protección desde el punto de vista de los límites, de las particularidades que ha de cumplir el mensaje publicitario para concurrir en un mercado donde ha de primar la competencia leal entre los sujetos en él participantes y que habrá de atenerse a lo estipulado en la Ley de Competencia Desleal del año 91.

Por último, es preciso determinar si la actividad creativa, como parte del amplio fenómeno publicitario, obtiene protección constitucional. Si la Carta Magna ofrece amparo a una actividad caracterizada por la persuasión y la obtención de beneficios.

Para intentar dilucidar estas cuestiones hemos considerado oportuno delimitar este trabajo en cuatro capítulos.

El primero de ellos lo dedicamos al término creatividad, su origen y contenido y, a la creatividad publicitaria como parte específica del contenido de dicho término. El siguiente capítulo se dedica a la legislación sobre propiedad intelectual en España, una vez concluido que la obra creativa, el anuncio publicitario, puede formar parte de las obras protegidas por dicha legislación.

El tercer capítulo pretende relacionar todo el proceso de creación de anuncios con la legislación que sobre ella recae a través del estudio de la Ley General de Publicidad, pero también deteniéndonos someramente en las directrices marcadas por el derogado Estatuto de la Publicidad. En este capítulo nos detenemos en las relaciones que, a partir de la creación, aparecen para delimitar la protección que a la obra y a sus autores corresponde. Es decir, las particularidades que derivan en una situación que convierte a los creativos en diferentes con respecto a otros titulares de derechos de propiedad intelectual.

El último capítulo pretende delimitar los límites de la publicidad, de la obra creativa, pero entendiendo los límites como ámbito de protección para la creatividad; lo que está prohibido lo está en aras de conseguir un mejor funcionamiento del mercado publicitario, donde los sujetos concurren para presentar sus productos o servicios. Límites observados desde la perspectiva de la Ley General de Publicidad, la Ley de Competencia Desleal y, también desde el ámbito de la Constitución, sin olvidar el Derecho Comunitario, norma a observar por nuestro país desde su ingreso en la Unión Europea.

Para llevar a cabo lo expuesto, hemos partido de un análisis de lo que el término creatividad significa y de los distintos estudios que sobre ella se han realizado desde que Guilford alentó a los investigadores a centrarse en este tema a mediados de este siglo XX. No afirmamos que la creatividad nazca en este siglo, pero si es cierto que su verdadero desarrollo es reciente.

Son cuestiones que determinamos a lo largo del primer capítulo de nuestro estudio, donde recogemos las fuentes originarias de la creatividad y su dispersión a través de distintas ramas de investigación, teniendo como

base la disciplina de la Psicología, principal abono de los estudios creativos sobre el proceso, el producto, el sujeto y el contexto.

Tras ese estudio de la creatividad, entendida desde una perspectiva global, nuestro intento ha sido el de acotar el contenido de la creatividad publicitaria; para ello hemos consultado las obras de los que han sido considerados los padres de la publicidad moderna o los grandes creativos, tales como Hopkins, Ogilvy, Berbach o Webb Young entre otros.

Delimitar la creatividad publicitaria supone, además, desmenuzar todo el proceso a través de la revisión de los distintos tipos de estrategias creativas planteadas por autores como Joannis, González Martín, Ortega... así como los elementos que la conforman y las técnicas utilizadas, los recursos más habituales, las filosofías más conocidas o las fórmulas publicitarias básicas de la mano de autores como Luis Bassat, Joaquín Lorente o Caridad Hernández.

Una vez delimitada la creatividad, el segundo capítulo se destina al estudio de la distintas leyes de propiedad intelectual que han tenido vigencia en España o que aún la tienen, caso de la LPI de 1.988 (TRLPI de 1.996). El motivo era estudiar la evolución de los requisitos necesarios para incluir una obra dentro de su ámbito de protección y el caso concreto de las creaciones publicitarias entendidas como obras artísticas.

La evolución del contenido de la propiedad intelectual en la legislación española ha ido pareja, en muchos aspectos, a la evolución en otros países europeos, si bien en cuestiones tales como el reconocimiento de

los derechos morales de los autores, la legislación española no lo manifiesta expresamente hasta la actual ley.

El reconocimiento de esta doble vertiente de facultades, contenidas en el derecho de propiedad intelectual, supone un paso más en los derechos de los autores ya que los derechos morales son irrenunciables e inalienables, es decir, no pueden ser secuestrados de ningún modo, nadie puede exigir su venta o transacción por la sencilla razón de que no son transmisibles.

Para el asunto que nos ocupa, la creatividad, su protección y los derechos de los autores/creativos, esa vertiente moral es fundamental pues será, prácticamente, el derecho que mantengan sobre su obra, habida cuenta que, en los creativos publicitarios, revierten una serie de situaciones que posibilitan que no tengan en propiedad los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual

El anuncio, la obra realizada por los creativos, se materializa dentro de una relación laboral con la agencia publicitaria, a través de un contrato de creación publicitaria en el que se establece que los derechos de explotación sobre la obra se encuentran cedidos y, además, es una obra en colaboración, es decir, realizada por varios autores bajo la supervisión de un coordinador.

Se trata de cuestiones que determinarán, en gran medida, los derechos que el creativo pueda o no exigir dentro del lugar de trabajo con respecto a su objeto de trabajo: la creación publicitaria. El caso del creativo se convierte en un caso especial dentro de los derechos de autor.

El estudio de la leyes de propiedad intelectual, haciendo especial hincapié en la actual y su relación con la situación de la obra publicitaria y sus autores, así como con todo el entramado de la actividad publicitaria serán, por tanto, el objeto del segundo capítulo.

Además de la protección a través de la Ley de Propiedad Intelectual, intentaremos investigar si la obra creativa obtiene algún tipo de protección por medio de la legislación propiamente publicitaria, es decir, la Ley General de Publicidad, que simplemente remite a la legislación sobre propiedad intelectual e industrial. Hemos considerado conveniente revisar brevemente el contenido del antiguo Estatuto de la Publicidad, donde las ideas y creaciones publicitarias gozaban de una protección especial en virtud de su originalidad.

El último capítulo de este trabajo se refiere a los límites de la creatividad, entendida como parte del proceso publicitario. Límites considerados como un modo de proteger al consumidor de la cantidad de mensajes que recibe. Límites entendidos también como una forma de proteger la actividad publicitaria de actitudes contrarias que podrían dar lugar a mercados desiguales con participación ventajosa para determinados sujetos.

Los límites vienen no solo planteados desde la Ley de Publicidad a través de la delimitación de las formas de la publicidad ilícita, también observaremos el Derecho Comunitario y la Constitución Española en un intento de delimitar si la publicidad está o no protegida dentro del ámbito de la libertad de expresión.

Se trata de una cuestión negada tradicionalmente por el derecho constitucional español, pero que la normativa europea ha obligado a variar a partir de las interpretaciones hechas por los tribunales europeos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aceptado por España y que forma parte de su ordenamiento jurídico.

En definitiva, la exposición que desarrollamos a continuación es, simplemente, un acercamiento a la situación de los creativos publicitarios considerados como autores de una obra. Tanto su condición de autor como la condición de la obra son especiales en cuanto están sometidos a una serie de requisitos que no existen en el resto de casos en que hablamos de autoría, de derechos de autor y de titularidad de derechos de propiedad intelectual.

Esta será la base de nuestro trabajo, intentar exponer si el creativo es autor en los términos previstos por la Ley de Propiedad Intelectual, o si las condiciones en las que desarrolla su trabajo y crea una obra que es conocida por el público, evitan que sobre él recaigan los derechos morales y patrimoniales que a todo autor corresponden por el simple hecho de crear, tal y como se establece en el art. 1 de la LPI de 1.987 (TRLPI de 1.996).

CAP. 1: ANÁLISIS DE LA CREATIVIDAD

La evolución del mundo y del hombre ha dado lugar también a la transformación de todo lo que a su alrededor acontece. El hombre como ser comunicador y comunicable necesita de la comunicación para su desarrollo; todo lo que ocurre alrededor del hombre es comunicación y, dentro de ella, es necesario distinguir entre información, propaganda y publicidad¹. Tres procesos de comunicación pero con características y finalidades bien marcadas y establecidas. Nos detendremos en uno de ellos, el proceso publicitario y, concretamente en una de sus etapas, la creativa, para intentar delimitar su contenido y relación con el resto de elementos que conforman el entramado de la actividad publicitaria.

Dicha actividad precisa para alcanzar toda su expresión de la creatividad publicitaria, sin embargo, no es fácil hallar una definición que dé contenido a dicho término, tal vez por que es entendida o definida de muy diversas formas dependiendo del sujeto, de tal forma que los ejecutivos la

¹ Fernández Areal, M. *La estructura democrática de la información*. Diputación Provincial de Pontevedra, 1.998. Pág. 17. El autor señala la comunicación como un todo y, formando parte de ese todo se encuentran la información, la publicidad y la propaganda. La intencionalidad que caracterice a la comunicación la convertirá en informativa, publicitaria o propagandística.

consideran una simple sucesión de pasos, mientras que, para los creativos se trata de toda una labor de recopilación de información, estudio y análisis de la misma hasta llegar a la gran idea que dará lugar al anuncio publicitario.

Original, novedoso, distinto... son calificativos que normalmente relacionamos al escuchar o utilizar el término creatividad. Asociamos creatividad a todo aquello que nos resulta diferente o que nos parece distinto. Sin embargo, a pesar de la facilidad y la asiduidad con que este concepto aparece en cualquier situación, ámbito de trabajo o conocimiento, no resulta fácil delimitar su contenido.

Cabe tener en cuenta que este término no es exclusivo del ámbito publicitario, de hecho los primeros estudios sobre ella provienen de los campos de la psicología y la pedagogía, como veremos más adelante. Sin embargo, antes de entrar en ello consideramos necesario hacer otra serie de anotaciones.

1.1. Significado etimológico y aparición del término.

El término creatividad procede del latín “creare”, cuyo significado es crear, hacer algo nuevo, algo que antes no existía, producir algo de la nada, para ser más exactos. Ahora bien, habrá de tenerse en cuenta que el hombre necesita de realidades ya creadas para dar lugar a algo nuevo, puesto que hablamos de un ser limitado que no crea de la nada.

El recurso al diccionario resulta útil para una primera aproximación a dicho concepto. Su primera aparición conocida data de 1.875, tal y como lo refleja el suplemento del Oxford English Dictionary en su edición de 1.972.

Dicha manifestación se debe a A. W. Ward, que alude en uno de sus libros a la “creatividad poética” de Shakespeare. Se trata, sin embargo, de una aparición del concepto que no arroja demasiada luz sobre su significado.

La primera definición como tal, se encuentra en el Webster's Third Dictionary, en la edición de 1.961. Se considera creatividad la “habilidad de crear”, definición que se repite en el mencionado Oxford English Dictionary².

En nuestro país, hasta el año 1.984 no aparece recogido en el Diccionario de la Lengua Española, con una única acepción: “facultad de crear”.

En otras lenguas, como el francés o el italiano, la primera aparición también es posterior a la de los diccionarios ingleses, en las décadas de los 70 y 80. En algunos de ellos, como es el caso del Grand Larousse de la Langue Française, en su edición del año 72, se hace referencia al origen anglosajón del término y se establece su procedencia en el vocablo “creativity”, de naturaleza americana.

A pesar de que las apariciones en los diccionarios son en distintas fechas, las definiciones guardan importantes similitudes. El término creatividad se define casi siempre como una facultad de invención, de creación... aunque con algunos matices.

Si bien la aparición del término en los diccionarios apenas dista 30 años de la actualidad, el vocablo creatividad, su generalización y uso en los distintos ámbitos de la vida es anterior y puede remontarse a principios del

² De los Ángeles, J. *Creatividad Publicitaria*. EUNSA: Pamplona, 1.996: pág. 18.

siglo XX, incluso podemos afirmar que la noción en sí es muy antigua, aunque el término sea bastante más actual.

1.2. Primeros estudios.

El problema fundamental que plantea el encontrar una noción válida de creatividad deriva, precisamente, de la cantidad de definiciones que existen, provenientes de multitud de autores, de ámbitos variados y de los múltiples puntos de vista.

A pesar de que hoy en día el concepto de creatividad es usado en todos los campos y facetas de la vida, las investigaciones sobre la creatividad comienzan en las áreas de la psicología y la pedagogía a principios de siglo, aunque no será hasta el final de la II Guerra Mundial cuando comiencen a realizarse los primeros estudios sobre la personalidad creativa en los Estados Unidos de la mano de J.P. Guilford. Allí hay no poca curiosidad por conocer todo el proceso de producción de ideas y solución de problemas con una finalidad clara: enseñar a pensar de forma original y práctica.

Es lógico pensar, como veremos a continuación, que existen estudios anteriores, pero los diversos autores sitúan un momento crucial en las investigaciones sobre creatividad el año 1.950, cuando J.P. Guilford pronuncia una conferencia que lleva por título "*Creativity*", en la que este autor redescubría el término y, por decir de alguna manera, da el pistoletazo de salida para una ingente cantidad de estudios sobre él, que hasta ese momento ocupaba muy poco espacio en la actividad de los investigadores.

Será entonces cuando dicho término empiece a generalizarse para “designar una serie de aspectos, relacionados con ciertas capacidades del ser humano que, anteriormente, habían tenido un tratamiento disperso y otras, que empezarán a surgir después de esa fecha, quedando todas ellas englobadas en un nuevo término”³.

Los distintos autores e investigadores que iremos nombrando a lo largo de este capítulo, parten de la base de que la creatividad es la “capacidad para producir algo nuevo”⁴ pero, a partir de ahí comienzan las divergencias debido a los caminos que las investigaciones toman, bien hacia el sujeto, bien hacia el proceso, lo que hace difícil una noción completa de creatividad. Matussek afirma “no existe pues una definición unitaria de creatividad. Pero esto no significa que no se dé un común denominador de los distintos conceptos de esta cualidad. Ese común denominador acentúa la idea de algo nuevo, independientemente de lo que nuevo pueda ser...”⁵.

A partir del “redescubrimiento” de la creatividad por parte de Guilford, dos serán, fundamentalmente, las interpretaciones del término.

La primera, de carácter mágico-religiosa, en la que el término viene a identificarse con la búsqueda de un camino que lleve al producto creativo, pero un camino que sólo pueden desarrollar los privilegiados, pues el azar va a ser el artífice de que puedan llegar al fin buscado, es decir, los caminos que llevan a la obtención del resultado no son conscientes para el propio

³ Ulmann, G. *Creatividad*. Rialp. Madrid, 1.972. Pág. 15 y ss.

⁴ De los Ángeles, J. *Creatividad Publicitaria*. EUNSA. Pamplona, 1.996. Pág. 23.

⁵ Matussek, P. *La creatividad. Desde una perspectiva psicodinámica*. HERDER, S.A. Barcelona, 1.984. Pág. 11.

sujeto, de ahí ese carácter mágico de que se dota al término, en una interpretación en la que el mito de la inspiración está omnipresente.

Términos como genialidad, descubrimiento o invención se consideran sinónimos de creatividad y, desde esta óptica, “se presenta al creativo como un ser especial, un sujeto que, en ocasiones, participa de los atributos divinos; a quien el poder creador se le manifiesta en algunos momentos. Un casi dios, en definitiva, pero que está supeditado a la concesión o no de este poder creador, sin que su voluntad ejerza ninguna influencia decisiva”⁶

La segunda corriente muestra la creatividad como actividad productiva, un proceso de producción en el que el individuo se plantea todo acerca de ese problema o situación que ha de solucionar, excluyendo la idea de la revelación concedida por un ser superior. Aparecen como sinónimos de creatividad términos como fluidez de pensamiento o productividad.

A pesar de las interpretaciones vistas, las investigaciones sobre el término pasan por etapas diferenciadas hasta llegar a la actualidad. Autores como Vidal Silva⁷ establecen dos épocas en el estudio de la creatividad; la primera de ellas, desde los años 30, desarrolla el llamado “paradigma clásico de la creatividad” y una segunda, en los años 60 y 70, hablará del “paradigma cognitivo”.

Sin embargo, antes de adentrarnos en ellos es preciso establecer que, si bien el año 50 da inicio a una época de incesantes estudios, con

⁶ Hernández, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Edt. Síntesis. Madrid, 1.999. Pág. 26.

⁷ Vidal Silva, P. *Diccionario de Ciencias y Técnicas de la Comunicación*. Ediciones Paulina, Madrid, 1.991. Voz: Creatividad Publicitaria, pág. 291.

anterioridad a esta fecha se encuentran ya una serie de trabajos que servirá de abono para ese resurgir de la creatividad.

1.2.1. La influencia de la Psicología.

Decíamos anteriormente que delimitar el término creatividad resulta complejo, debido, sobre todo, a la amplitud de su significado, a la multitud de definiciones, enfoques y disciplinas desde las que este fenómeno se ha observado. Evidentemente, a lo largo de los siglos se han realizado trabajos referidos a algunas de las capacidades o facultades humanas que tienen algo que ver o se encuentran incluidas dentro del término creatividad, siendo ciencias como la Psicología -estudio de la creatividad como algo que ocurre en el interior del sujeto y se manifiesta en su actuación exterior-, la Sociología -estudio de la creatividad como consecuencia de las actividades que el hombre, como miembro de un grupo, lleva a cabo en relación con los demás-, o la Psicología Social -influencia que las situaciones sociales tienen en el comportamiento creativo del individuo- las que, en principio, más se han detenido en esta cuestión, convirtiéndola en objeto de sus estudios.

La Psicología es quizá la disciplina que más caldo de cultivo ha dejado para el estudio de la creatividad. De hecho, son múltiples las corrientes nacidas en esta ciencia durante la primera mitad del siglo que luego han servido de marco teórico para el desarrollo de las llamadas técnicas creativas, caso de la corriente funcionalista o las investigaciones de la escuela de la Gestalt.

Nos quedaremos con tres de las corrientes que más han influido en el desarrollo de la creatividad y que sirvieron de base a la creación de las distintas técnicas que analizaremos posteriormente.

Es preciso dejar claro que dichas corrientes nacen como teorías psicológicas, siendo a partir de los años 50 cuando sus interpretaciones derivan hacia el campo del comportamiento creativo, hacia una serie de técnicas que permitan establecer el ambiente adecuado para que el individuo creador desarrolle todas sus habilidades.

La *teoría asociacionista* es, probablemente, la de más larga tradición en el mundo de la Psicología.

Dicha corriente descansa sobre tres postulados básicos. El primero de ellos es el *atomismo* o *reduccionismo*: la mente está constituida por pequeñas unidades, las ideas y las respuestas o reflejos, a partir de los cuales se forman las ideas más complejas, siendo ambos elementos los componentes fundamentales de la asociación; el segundo postulado lo conforma el *sentismo*, es decir, el hombre obtiene todas sus ideas por medio de los sentidos, a través de la experiencia, siendo almacenadas en la memoria; el tercer elemento es el *mecanicismo*, la actividad mental del individuo se explica a través de la conexión fortuita de las ideas que, al conectarse, dan lugar a formas de pensamiento más complejas.

La segunda corriente, desarrollada en la primera mitad del siglo XIX, es la *teoría del psicoanálisis*, cuyo máximo representante fue Sigmund Freud. Su máxima aportación al estudio del comportamiento humano fue el descubrimiento del subconsciente, lugar donde se encuentra el verdadero

motor del pensamiento y las acciones del ser humano, el lugar donde se alojan las necesidades, pasiones... Su explicación del comportamiento humano se opondrá frontalmente a los dictámenes asociacionistas, basado simplemente en aquellos aspectos externos de la actividad humana, aquello susceptible de comprobación empírica.

La teoría de la escuela de la Gestalt, nacida en Alemania en los primeros años del presente siglo, conforma la tercera de las corrientes psicológicas y aparece también como una oposición a las teorías asociacionistas. Su teoría sobre el pensamiento productivo y la resolución de problemas es uno de los precedentes más importantes para los estudios e investigaciones sobre creatividad en la mitad del siglo XX.

El descubrimiento más importante de esta escuela es el principio de la *gestalt*, según el cual todo lo que nos rodea está estructurado, organizado.

Un principio que sirve a los seguidores de esta escuela “para explicar cualquier proceso de la actividad psíquica del individuo: la percepción, la memoria y el pensamiento. Así, no solo se perciben entidades organizadas, con una configuración o estructura, sino que la información que se almacena en la memoria también lo hace de manera organizada, y el pensamiento trabaja, no con unidades simples, sino con estructuras, con *gestalten*”⁸

La Psicología y, sobre todo, la interpretación que sobre la creatividad desarrollen estas tres teorías será la base para el desarrollo a su vez de las técnicas creativas que se establezcan a partir de los años 50, conformando

⁸ Hernández Martínez, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 267.

las líneas de investigación acerca de la situación creativa necesaria para que se desarrolle la actividad creativa del individuo.

1.3. La creatividad a partir de los años 50.

Recordemos que fue Guilford, con su conferencia "*Creativity*", quién inició el estudio sobre la creatividad. En ella denuncia la falta de interés de los psicólogos por este tema. Las palabras de Guilford actuaron como revulsivo entre los psicólogos de su época ya que, a partir de ella, empezaron a proliferar estudios e investigaciones que abordaban aspectos relacionados con la creatividad.

Cuatro serán las líneas básicas de investigación a desarrollar a partir de ese momento, todas ellas con una base psicológica: el *sujeto creativo* -características de la personalidad del individuo que guardan relación con la creatividad-, el *proceso de creación* -fases por las que pasa el sujeto durante el acto de crear-, el *producto creativo* en sí -qué cualidades convierten a un producto en creativo- y el *contexto o la situación creativa* para que se dé la conducta creativa⁹. Nos ocuparemos de ellos a continuación.

1.3.1. El proceso creativo.

La finalidad de las investigaciones orientadas en esta línea es determinar en qué consiste la actividad creativa, descomponiendo el proceso creador en una serie de fases o etapas cuyo recorrido va a permitir llegar a la meta, es decir, al producto creativo. Para ello, los investigadores analizarán

⁹ González Martín, J.A. *Teoría General de la Publicidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid: 1.996, Pág. 361.

las experiencias de sujetos creadores, intentando encontrar una serie de pautas que permitan establecer una secuencia de actuación.

La base para todos los modelos que se planteen en torno al proceso creador o de resolución de problemas se sitúa en tres momentos: el primero de ellos es el encuentro y definición del problema: el individuo ha de ser capaz de percibir el problema y definirlo; el segundo, la generación de ideas o soluciones y, por último, el examen crítico de soluciones. Sobre esta base se construirán los distintos modelos.

Dewey¹⁰ es el primero en describir el proceso en 1.910 a través de cinco etapas para la resolución de un problema: *encuentro con una dificultad o problema, localización y definición del problema, planteamiento de posibles soluciones, desarrollo de las soluciones y análisis de las consecuencias y aceptación de la solución propuesta.*

El siguiente estudio corresponde a G. Wallas en el año 1.926. Este autor habla de etapas en el arte de pensar y no propiamente de creatividad. Wallas establece cuatro pasos fundamentales que todavía en la actualidad son tenidos en cuenta: *preparación, incubación, iluminación y elaboración.* Se trata éste de un proceso que se apoya en el hecho de entender la creatividad como una iluminación, como la aparición repentina de ideas sin que el individuo sepa cómo ha sucedido.

El año 31 trae el modelo de Rossman¹¹ que presenta un total de siete etapas: *observación de una necesidad o dificultad, formulación del*

¹⁰ Ulmann, G. *Creatividad*. Op. cit. Pág. 29.

¹¹ Ídem, pág. 35.

problema, revisión de la información disponible, formulación de soluciones, examen crítico de las soluciones, formulación de nuevas ideas y examen y aceptación de las nuevas ideas. Se trata de un modelo en el que permanentemente está presente la evaluación pero, aun con todo, presenta grandes semejanzas con los dos modelos descritos anteriormente.

Autores como Davis y Scott se plantean, sin embargo, si la creatividad nació en el ámbito de las investigaciones psicológicas o en el mundo empresarial. Ambos autores establecen que “los orígenes del interés actual por el desarrollo de la creatividad se remontan a la década de los 30. Como profesor de Periodismo de la Universidad de Nebraska, Robert P. Crawford, inició en 1.931 el primer curso sobre creatividad que surgió de su interpretación por listado de atributos de la conducta creativa”¹².

Crawford es partidario de entender la creatividad como un proceso que nos lleva al final de una actuación, a un resultado que se origina en algo ya conocido: “... pero pronto me di cuenta que la creación era un proceso (...) Cada nuevo intento o trozo de creación se origina en alguna cosa. No nos cae del cielo. Usted utiliza lo que ya tiene en la mente o lo que usted hace entrar en la mente (...) esa es la gran razón de acumular conocimientos”¹³.

En sus estudios se observa esa idea del hombre como un ser limitado que necesita de conocimientos y realidades ya creadas para dar lugar a algo nuevo.

¹² Davis y Scott. *Estrategias para la creatividad*. Paidós Educador. Barcelona, 1.971. Pág. 15

¹³ Crawford, R. *Techniques of creative thinking*. Hawthorn. Nueva York, 1.954. En *Estrategias para la creatividad*. Paidós Educador. Barcelona, 1.971. Pág. 24 y ss.

Para Crawford “la creación consiste generalmente en trasladar los atributos de una cosa a otra”. Lo que hace dicho autor es cambiar las utilidades que algo puede tener y aplicarlas a otras realidades, lo que provoca nuevas ideas que mueven el mundo. Mantiene que el proceso creativo no es solo inspiración, no es robar el trabajo de otros, no es simplemente un trabajo de combinación, sino que la creación es siempre algo progresivo, no se trata simplemente de cambiar cualidades, sino de abstraerlas, ya que cuando pensamos en alguna característica lo hacemos teniendo en mente algún tipo de referente. La creatividad es el progreso. “Sin creatividad en los individuos, empresas... el mundo no habría evolucionado”¹⁴.

En el mundo empresarial Davis y Scott destacan el desarrollo de importantes procesos para el entrenamiento de la creatividad, como los llevados a cabo por A. R. Stevenson quien, en 1.937, ayuda a la empresa americana General Electric a lanzar su programa de entrenamiento para la creatividad con la intención de conseguir mejores resultados entre sus trabajadores¹⁵.

Hemos señalado los modelos planteados por Dewey, Wallas y Rossman, como ejemplo de los llamados modelos clásicos. En el campo estrictamente publicitario puede señalarse como ejemplo el modelo AIDA - Atención, Interés, Deseo, Acción-. Es decir, se trata de modelos de aprendizaje lineales que “se caracterizan por explicar el comportamiento de compra del consumidor como una sucesión de fases o etapas hasta llegar a la decisión de compra o rechazo del producto”¹⁶.

¹⁴ Crawford, R. *Techniques of creative thinking*. Op. cit. Pág. 26.

¹⁵ Davis, G. y Scott, J. *Estrategias para la creatividad*. Paidós Educador. Barcelona, 1.971. Pág. 15.

¹⁶ García Uceda, M. *La claves de la publicidad*. ESIC. Madrid, 1.995. Pág. 119.

Dichos modelos se basan en el hecho de que los consumidores, bajo la influencia del mensaje publicitario, primero conocen el producto, luego lo desean y, finalmente lo compran.

Por contra, siendo también un modelo lineal o de aprendizaje, es preciso mencionar la existencia de modelos basados en la disonancia cognoscitiva, en ellos se considera que el consumidor primero compra el producto, después lo desea y, finalmente, aprende a conocerlo.

Este tipo de modelos plantean la necesidad de saber que factores como el pensamiento, la percepción o la memoria han de actuar para activar el proceso creador, es decir, el individuo procesa la información que le llega, la analiza y desarrolla el proceso que le lleva a la obtención de un resultado.

1.3.2. El sujeto creativo.

En 1.935, K. Duncker¹⁷ investiga las características del pensamiento creador, estudios que tendrán su continuación en los trabajos de Max Wertheimer en 1.945 y sobre todo en los del psicólogo J.P. Guilford a partir de 1.950, considerado como uno de los más importantes estudiosos de la creatividad desde el punto de vista del sujeto: los modos de pensar y de aprender, estudiando la personalidad de genios e inventores. El propio Guilford reconoce que es durante la década de los 50 cuando comienza el interés científico por la creatividad.

Los estudios para determinar las cualidades de los individuos creativos surgen por la necesidad de analizar si éstos poseían una serie de

¹⁷ De los Ángeles, J. *Creatividad Publicitaria*. Op. cit. Pág. 21.

rasgos específicos que les otorgaban tal calificativo y los diferenciaban del resto de individuos, sin embargo, el camino para tal definición comenzó bastante antes del momento en que autores como J.P. Guilford acuñaran el término.

Antes de conocer los trabajos e investigaciones de Guilford sobre el pensamiento creador, es necesario saber por qué se llega a la determinación de que es esta función del hombre la que permite grandes realizaciones, si bien posteriormente se llegará a la conclusión de que la creatividad es algo más, como veremos.

1.3.2.1. *El genio.*

Matussek¹⁸ establece que el hombre creativo tuvo su antecedente, si puede decirse así, en el “genio”, término que nace en Italia en el siglo XVI para denominar al hombre que basa todo su conocimiento en sus propias ideas y experiencias, aquel que no necesita de libros o del conocimiento de otros para “enriquecerse”, tanto cultural como espiritualmente.

En el siglo XVIII, ese calificativo se utilizaba en Francia e Inglaterra para referirse a hombres o científicos de rango extraordinario. Seguía prevaleciendo esa importancia por lo interior, sus impulsos, sus premoniciones o sus experiencias y sentimientos; lo irracional del hombre permanece sobre la inteligencia y ese era el “genio”, casi podría decirse que el genio no era el científico, sino el poeta.

¹⁸ Matussek, P. *La creatividad. Desde una perspectiva psicodinámica*. Herder. Barcelona, 1.984. Pág. 16 y ss.

Será a partir del siglo XIX cuando el calificativo de “genio” se aplique cada vez más a lo científico, posiblemente por la propia evolución del mundo. En aquellos momentos, el cientifismo y el racionalismo pedían paso y, ese “hombre especial” que durante los siglos anteriores había sido artífice de genialidades se convirtió en el hombre que dominaba la naturaleza, preocupado por la ciencia y sus avances. Lo importante no era ya lo interior sino lo de fuera; el “genio” se convierte en un ser superior al resto de los mortales, quienes necesitan de él para poder vivir de sus ideas.

Esa distancia se manifiesta también en cuanto a la persona, el “genio” se distingue del resto de los hombres, es distante y, en cierto modo, dotado de locura; es la imagen de lo que afirmamos al hablar del genio loco; su obra es sublime, admirada y contemplada por todos pero, en sus relaciones con los demás, el hombre normal recela de él y evita su compañía.

En el siglo XIX se considera, sin embargo, que esta situación era producto de la herencia familiar. La locura era derivada de dar lo mejor de uno mismo a su obra, y las malas relaciones personales se achacaban siempre a perturbaciones y degeneraciones del sistema nervioso.

Kretschmer¹⁹ llega a afirmar que “el genio nace en el proceso hereditario, en aquellos puntos sobre todo en que una familia dotada de grandes talentos comienza a degenerar”. No se entendía que el ambiente, la educación, las ocupaciones pudiesen provocar esa forma de actuar, así que esa relación entre genialidad y locura se achaca a la herencia familiar.

¹⁹ Matussek, P. *La creatividad. Desde una perspectiva psicodinámica*. Herder. Barcelona, 1.984. Pág. 17.

Con el cambio de siglo, como sigue manteniendo Matussek, el concepto de genio, tal y como era entendido, va desapareciendo, no se considera la herencia como el factor predominante para la formación del sujeto creador, el hacedor de hechos creadores, sino que comienza a pensarse que es algo propio del espíritu humano lo que provoca un hombre genial, un hombre creativo, y comienzan las investigaciones sobre el pensamiento.

1.3.2.2. *El pensamiento creador: sujeto y proceso.*

Como hemos dicho anteriormente, los estudios de creatividad experimentan un importante avance a mediados del presente siglo. Es el mismo psicólogo americano J.P. Guilford quien, en los años 50, publica una investigación basada en la importancia que los distintos factores de la inteligencia pueden tener a la hora de hablar de personas creativas. Sin embargo, otra corriente dentro del estudio del sujeto tendrá en cuenta, para medir la creatividad, no sólo los factores cognitivos, como hace Guilford, sino también los motivacionales, temperamentales..., que dan lugar a modelos basados en las actitudes y las motivaciones²⁰.

Guilford vincula la creatividad con las características intelectuales del sujeto. Distingue entre el intelecto -como conjunto de factores y procesos del pensamiento-, la memoria y la inteligencia, a la que considera una parte limitada del intelecto. A partir de sus investigaciones, elabora un modelo

²⁰ García Uceda, M. *Las claves de la publicidad*. Op.cit. Pág. 125 y ss. Entré estos modelos y, aplicados al campo de la publicidad, esta autora destaca aquéllos basados en las motivaciones, que trabajan sobre la hipótesis de que todo consumidor tiene motivos para comprar o no un determinado producto, destacando el desarrollado por H. Joannis; y los modelos basados en las actitudes, que defienden el papel de la publicidad a la hora de crear, modificar y reforzar las actitudes de los consumidores hacia una marca, partiendo del supuesto que una actitud positiva favorece o aumenta las posibilidades de compra de un producto.

tridimensional de la estructura del intelecto, siendo su objetivo “el desarrollo de una teoría unitaria del intelecto humano que reúna en un único sistema -la denominada estructura del intelecto- las conocidas facultades intelectuales especiales o primarias”²¹.

El modelo tridimensional planteado recoge tres variables que, posteriormente, irá subdividiendo y combinando. Dichas variables son: las *operaciones*, lo que el organismo hace con la información; el *contenido*: la generalidad de la información y, por último, los *productos*: se refiere a la forma que adopta la información como resultado del procesamiento del organismo²².

Una vez aislados los factores, Guilford se pregunta qué tipo o tipos de estímulos producen mejor esos factores. Realiza las investigaciones sobre los estímulos a través de test. El examen de los factores le sugiere cuatro categorías de experiencias: encontrar problemas, generar ideas y alternativas, desarrollar ideas en productos tangibles y reconsiderar el problema, rediseñarlo y perfeccionarlo.

A partir de sus estudios, Guilford, junto con W. L. Brittain, establece una serie de atributos relacionados con personas que se suponían creativas:

- Sensibilidad a los problemas. - Fluidez de ideas.
- Flexibilidad espontánea. - Síntesis.
- Redefinición. - Facilidad asociativa.
- Flexibilidad adaptativa. - Originalidad.

²¹ Guilford, J.P. *Traits of creativity*, en H. Anderson (dir), *Creativity and its cultivation*. Harper. Nueva York, 1.959. Págs. 142-161.

²² Repucci, L.C. *Investigaciones sobre la creatividad*. Hydrocarbon Processing, 41, 1.962. Págs 112-117.

- Cierre.

Guilford defiende además el hecho de que la creatividad puede aprenderse y desarrollarse en todos los campos, a pesar de que sus investigaciones y la experimentación con sus test los desarrolla sobre todo con científicos creativos.

Frente a las investigaciones de Guilford basadas en aptitudes intelectuales se encuentran los trabajos de autores como Cattell y Barron encaminados a descubrir qué cualidades relacionadas con la personalidad de los individuos caracterizaban a los sujetos creativos. Entre esa lista de atributos se encontraban: capacidad para saber detectar los problemas, es decir, una actitud abierta y crítica frente a lo que le rodea, adaptabilidad y capacidad de reacción; la posibilidad de percibir cambios en su campo perceptivo; interés por lo nuevo; confianza en la solución de los problemas, curiosidad intelectual; introvertidos y autosuficientes; aceptación de sí mismos; tolerantes a la ambigüedad; incapaces de adaptarse a las exigencias sociales...

Paralelamente, los años 60 serán testigo de una nueva forma de pensar de la mano de Edward de Bono, “el pensamiento lateral o conjunto de procesos destinados al uso de información de modo que genere ideas creativas mediante una reestructuración perspicaz de los conceptos ya existentes en la mente”²³.

De Bono plantea su pensamiento lateral como un modo de usar la mente que tiene como fin la creación de nuevas ideas y que tiene mucho en

²³ De Bono, E. *El pensamiento lateral*. Paidós Empresa. Barcelona, 1.993, 3ª edic. Pág. 9.

común con la creatividad, pero “mientras ésta última constituye con excesiva frecuencia solo una descripción de resultados, el pensamiento lateral incluye la descripción de un proceso. Ante un resultado creativo solo puede sentirse admiración, pero un proceso creativo puede ser aprendido y usado conscientemente”²⁴.

Sin embargo, a pesar de las distintas variables planteadas y combinadas por los autores, Matussek afirma que todos ellos “admiten una tesis básica: el pensamiento creador no es tan solo la aplicación de las leyes lógicas o la realización de experimentos. La lógica, la experiencia y el ensayo experimental son, desde luego, elementos esenciales del pensamiento creador. Pero la creatividad es algo más”²⁵.

La creatividad es, por tanto, algo más que el resultado de un modo de pensar. Las emociones y los sentimientos son también importantes. De hecho, De Bono, al explicar sus teorías sobre el pensamiento paralelo a través del método de los seis sombreros de colores, reserva uno de ellos para los sentimientos, las corazonadas y las emociones, sin que sea preciso que sean justificados²⁶.

²⁴ De Bono, E. *El pensamiento lateral*. Op.cit. Pág. 14.

²⁵ Matussek, P. *La creatividad. Desde una perspectiva psicodinámica*. Op. cit. Pág. 18.

²⁶ De Bono explica que el pensamiento paralelo consiste en colocar unas ideas al lado de las otras pero caminando todos a la vez en la misma dirección y observando que hay un momento para cada cosa. Para la aplicación de este tipo de pensamiento se vale del método de los seis sombreros de colores. Cada color representa una cosa: el blanco, información; el amarillo, los beneficios y valores; el verde, el esfuerzo creativo; el rojo, los sentimientos, las emociones.... Según el sombrero que se utilice, el problema es observado desde ese punto de vista por todos, aportando cada uno sus ideas, evitándose así las críticas en el momento menos indicado, la discusión o los ataques personales. Hay un momento para plantear ideas, otro para hablar de los sentimientos que se producen y otro para la crítica y los juicios de valor. *El pensamiento paralelo*. Paidós Ibérica. Barcelona, 1.995: págs. 58 y ss.

A pesar de las ideas de Guilford o De Bono, establecidas a mediados de este siglo XX, sobre el sujeto creativo y el pensamiento creador, otros autores continúan desarrollando la idea del proceso creativo.

1.3.3. El producto creativo.

La tercera línea de investigación a desarrollar en el campo creativo tiene como protagonista el producto, en el que la creatividad se manifiesta de una forma concreta y tangible. Lo que va a plantearse es qué rasgos ha de poseer un producto para que pueda considerarse o definirse como creativo, concretándose en tres criterios fundamentales: novedad, valor y utilidad.

La novedad, tal y como señala Caridad Hernández, es la característica común señalada por todos los autores, pero el problema se plantea a la hora de delimitar cuál es su contenido²⁷. Para autores como Guilford, lo nuevo es lo raro en el sentido de infrecuente; otros, como Mednick y Maltzman, defienden que la novedad viene dada por la lejanía de las asociaciones que el pensamiento es capaz de producir. Para los psicólogos de la escuela de la Gestalt, la novedad consiste en encontrar nuevas relaciones entre elementos ya conocidos.

Además el producto ha de ser valioso, es decir, adecuado a las necesidades y exigencias planteadas por un sistema determinado y, por último, el producto creativo ha de ser útil, es decir, que sirva para solucionar el problema planteado y satisfaga las exigencias previstas.

Otros rasgos juzgan la calidad creativa del producto dependiendo del tipo de problema a resolver.

²⁷ Hernández Martínez, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 61.

1.3.4. El comportamiento creativo: las técnicas de la creatividad.

Partiendo de la base de que los distintos estudios establecen que las cualidades creativas existen en todos los individuos y que pueden aprenderse, las técnicas de la creatividad surgirán, precisamente, como un modo de ayudar a rentabilizar las aptitudes creativas de los individuos.

Las razones para su aparición radican en la importancia que se da al comportamiento creativo, en la aceptación por parte de los estudiosos de que la creatividad es la única posibilidad de solucionar la mayoría de los problemas del mundo y, en la necesidad de potenciar el desarrollo económico y social de las naciones, sobre todo de Estados Unidos, donde surgen dichas técnicas.

Éstas servirán para enriquecer el proceso de elaboración del mensaje y, tal y como afirma García Uceda, proporcionan ayuda para encontrar la idea creativa²⁸. Hablamos de problemas mal definidos, es decir, de problemas que se nos presentan de forma ambigua, que no poseen todas las variables o datos necesarios para hallar su solución de un modo sencillo, sino que exigen una definición y son susceptibles además de varias soluciones.

Se trata de procedimientos basados en la experiencia de otros creadores, cuya repetición acaban configurándolos como técnicas y cuya aplicación a problemas complejos dará lugar a varias soluciones, diferentes entre sí que, además, serán originales.

²⁸ García Uceda, M. *Las claves de la publicidad*. Op. cit. Pág. 205.

De lo que se trata es de utilizar esas técnicas como herramientas de trabajo para lograr incentivar el comportamiento creativo.

En esta línea de investigación encontramos las principales influencias de las corrientes psicológicas desarrolladas anteriormente, la interpretación que cada una de ellas haga sobre la creatividad aportará las claves para desarrollar el comportamiento creativo, para favorecer el ambiente en que éste se desarrollará de la manera más favorable para obtener los resultados precisos.

Las diferentes técnicas e interpretaciones surgen como una oposición a las bases del pensamiento lógico, al considerar que éstas suponen un importante freno para el desarrollo del comportamiento creativo, al basarse en el pasado y en toda una serie de fases demasiado rígidas para la obtención de resultados.

La tradición asociativa ofrece su interpretación de la creatividad a partir de los años 50, si bien su origen es bastante más antiguo como ya vimos anteriormente. Interpretación que vendrá de la mano de postulados del neoconductismo, que admite la intervención de las variables internas del individuo en su comportamiento.

El máximo representante de esta corriente es Mednick quien define la creatividad como “una transformación de elementos asociativos creando nuevas combinaciones que responden a exigencias específicas o que de alguna manera resultan útiles. Cuanto más alejados entre sí están los

elementos de la nueva combinación, tanto más creativos son el proceso o la solución”²⁹.

Esta corriente entiende la creatividad como una forma de dar solución a los problemas entendidos como estímulos que precisan de soluciones, es decir, de respuestas que, en forma de asociaciones, presentan los individuos. La solución creativa se explica teniendo en cuenta dos conceptos: la *jerarquía de respuestas*, cada individuo tiene un número de respuestas posibles asociadas al problema que se le plantea. Hay respuestas que son asociadas directamente al problema de una manera frecuente y otras cuya frecuencia de asociación es más baja, dando lugar al segundo de los conceptos, la *fuerza de asociación*, por lo que habrá asociaciones fuertes y débiles.

Para los teóricos de dicha corriente existe un problema cuando la primera respuesta no es válida, por lo que habrá de seguir buscando dentro de dicha jerarquía hasta que encontremos la adecuada. Una situación que puede provocarse de manera que el individuo se acostumbre a buscar siempre las respuestas débiles, condicionando al sujeto a manifestar un comportamiento creativo.

De tal manera que las diferencias existentes entre los campos de la creatividad dependerán del tipo de las asociaciones creativas, “mientras que las diferencias individuales descansan en la capacidad del individuo para producir asociaciones remotas o las que tienen entre sí poco en común”³⁰.

²⁹ Mednick, S. *The associative basis of the creative process*. Psychiatry Rev. 63, 9, 1.969. Págs. 220-232

³⁰ Veraldi, G y Veraldi, B. *El vivir creativo. Teoría y práctica de la creatividad*. Ediciones Mensajero, 3ª edición. Bilbao, 1.990. Pág. 52.

Las técnicas que se engloban dentro de esta corriente tendrán en cuenta, según Mednick³¹, el azar, la similitud y la mediación de elementos comunes para llegar a la solución creativa cuya aparición va a depender del número de elementos asociativos que posea el sujeto y de lo poco comunes que dichos elementos sean.

Dentro de las técnicas surgidas a partir de las doctrinas asociacionistas, se encuentra la ideada por el publicitario Alex F. Osborn, el *brainstorming* o tormenta de ideas, aplicada al mundo de la publicidad, en la que se trata de agrupar a distintas personas para que den variadas ideas sobre un problema concreto³². Lo importante es el número de ellas que se logren, evitando la crítica y valorándolas a posteriori para conocer las más originales o novedosas, intentando combinar las que van surgiendo en un intento de conseguir la idea final y definitiva que sirva para solucionar el problema planteado.

Osborn comienza a desarrollar las sesiones de *brainstorming* en el año 38, aunque su formulación no aparecerá hasta el año 53. Parte de la base de que el potencial creativo de las personas se bloquea debido a una serie de factores personales, emocionales, culturales y sociales que actúan a modo de cierre en situaciones en las que se necesitan respuestas creativas.

³¹ Mednick, S. *The associative basis of the creative process*. Op.cit. Págs. 220-232.

³² M.A. Echeverría considera que el hecho de no profundizar en esta técnica ha provocado que haya sido mal aplicada en el mundo publicitario. Para Echeverría "la mayor virtud del Brainstorming es la de contener en germen todos los conceptos modernos de creatividad (...). Por otra parte, tiene el defecto de ser demasiado simplista. Subestima los factores de formación, cohesión y adiestramiento". En *Creatividad & Comunicación*. Edt. GTE. Madrid, 1.995: pág. 169.

El propio Osborn define dicha técnica como “el empleo del cerebro para atacar un problema creativo a la manera de un comando en que cada uno de los asaltantes se avalanza con arrojo hacia el objetivo común”³³.

Hablamos, en definitiva, de una técnica de investigación en grupo mediante la cual se intenta la solución de problemas mal definidos que se encuentran en la industria, el comercio, la publicidad y la vida cotidiana.

Osborn establece cuatro etapas en el proceso creativo: presentación, preparación, análisis e hipótesis. Para dicho autor, hay dos cuestiones fundamentales en el proceso de creación: primero, el hallazgo del hecho, aquí se define el problema, se prepara y analiza toda la información recopilada sobre él y que pueda resultar de utilidad para el punto siguiente: el hallazgo de la idea, la producción de la idea. Afirma dicho autor “cuando uno se mete de lleno de veras en el torbellino de una sesión de *brainstorming*, la chispa que salta de un cerebro hará que otras salten por carambola, exactamente a la manera de una serie de petardos”³⁴

Esta técnica consiste en separar las dos funciones que el sujeto desarrolla para llegar a la solución de un problema, por un lado la actividad productiva, donde se consiguen las ideas y, por otro, la actividad evaluativa donde las ideas son juzgadas. Todo ello desarrollado en sesiones de seis a doce personas que no han de ser especialistas en ningún tema concreto, aunque resulta conveniente que procedan de distintas áreas de conocimiento.

³³ Osborn, A.F. *Imaginación Aplicada*. Velflex. Madrid, 1.997. Pág. 74.

³⁴ Osborn, A.F. *Imaginación Aplicada*. Op. cit. Pág. 77.

Para que las reuniones resulten productivas, Osborn establece una serie de pautas que han de cumplirse siempre: prohibición de todo juicio crítico, de tal modo que nadie se sienta cohibido para expresar su ideas, dejar que las ideas acudan libremente, escuchar y mejorar las ideas de los demás y, finalmente, la premisa de que cuantas más ideas se produzcan, más buenas ideas aparecerán³⁵. Es decir, para Osborn la cantidad será la base para la calidad, cuantas más ideas, más posibilidades de encontrar entre ellas una brillante.

Fue este autor uno de los principales divulgadores del término creatividad y en sus escritos habla por primera vez de potencia creativa, pensamiento creativo... Aplicará la creatividad a todos los campos y ámbitos de la vida cotidiana y definirá la creatividad como “la habilidad de visualizar, prever y generar ideas”³⁶. A partir de este autor, el uso del término y su análisis científico se generaliza a todos los campos del saber, primero en los Estados Unidos para, posteriormente, exportarse al resto del mundo.

Joannis incluye el *brainstorming* dentro de lo que denomina las “técnicas organizadas”³⁷, basadas en la psicología de grupos para hallar ideas creativas. En ellas incluye también las técnicas de deestructuración, la representación de papeles o dramatización, el soñar despierto, el grupo ciego y el trabajo en grupo sobre listas de comprobación.

³⁵ García Uceda, M. *Las claves de la publicidad*. Op.cit. Pág 215.

³⁶ De los Ángeles, J. *Creatividad publicitaria*. EUNSA. Pamplona, 1.996: pág. 21.

³⁷ Joannis, H. *El proceso de creación publicitaria*. Deusto. Bilbao, 1.992. Pág. 113 y ss. La misma clasificación de las técnicas creativas las desarrolla García Uceda, M. *Las claves de la publicidad*. Pág. 214 y ss.

La segunda de las teorías señalada como base del comportamiento creativo es la corriente psicoanalista, cuya aplicación al estudio de la creatividad estuvo protagonizada por investigadores norteamericanos, caso de Kubie y Kris. A pesar de ello es preciso destacar que la base de estas teorías se encuentra en el concepto freudiano de “sublimación”³⁸.

Para Erika Landau, dicho concepto supone “un desplazamiento de la libido, que permite al individuo la obtención de un placer que no surge de la satisfacción del impulso sexual primario, sino mediante su desplazamiento hacia operaciones espirituales superiores, el cual conduce a actividades científicas, artísticas e ideológicas”³⁹, es decir, el hombre busca protegerse de sus instintos y de un mundo exterior que no los satisface, para ello se sumerge en procesos psíquicos internos que le llevan a una nueva realidad, producto de su creatividad.

Para esta corriente, la creatividad solo puede desarrollarse en una situación en que el individuo goce de total libertad, lo que le permitirá asociar, comparar, sintetizar y reunir ideas. Esta situación solo se produce en la zona de la mente denominada preconsciente, localizada entre el consciente y el inconsciente del ser humano, donde éste se encuentra libre de todo tipo de ataduras: “es en el preconsciente donde se lleva a cabo la actividad creativa. En esta zona de la mente el individuo recibe y sintetiza la información procedente del inconsciente, y por medio de los mecanismos de la analogía y la alegoría -es decir, a través de procedimientos

³⁸ Freud, S. *Lecciones introductorias al psicoanálisis*. En *Obras Completas VI*. Madrid, 1972. Págs. 2.123-2.412. Freud explica dicho concepto afirmando que “los impulsos sexuales (...) son sublimados, es decir, desviados de sus objetos sexuales y dirigidos a metas socialmente más altas, que ya no son de índole sexual”.

³⁹ Landau, E. *El vivir creativo. Teoría y práctica de la creatividad*. Herder. Barcelona, 1.987. Pág. 47.

metafóricos- se manifiestan, intuitiva y automáticamente, las soluciones creativas a los problemas”⁴⁰.

Es decir, las ideas que se encuentran en el inconsciente afloran al exterior por medio de ese comportamiento creativo. El preconsciente recibe la información almacenada en el inconsciente y lo que hace es reorganizarla dando lugar a nuevas estructuras que se manifiestan en el sujeto en los sueños o en estados de abstracción.

Las técnicas desarrolladas a partir de esta corriente buscarán inducir esos estados y fomentar el uso de la analogía, la alegoría, la libre asociación... Entre esas técnicas destaca la *Sinéctica* y la diferencia fundamental con la técnica del *Brainstorming* es que la primera se utilizó, desde el primer momento para la solución de problemas tecnológicos y científicos de gran complejidad.

En 1.944 W.J.J. Gordon, junto con George Prince, crea la llamada *Sinéctica*, “la unión de elementos relacionados entre sí: una organización, un conjunto de métodos para generar ideas creativas, una estrategia para la solución de problemas de grupos y quizá, sobre todo, una actitud mental flexible”⁴¹; se trata, en definitiva, de una estrategia creativa basada en la metáfora. A través de este método intenta demostrarse además que la creatividad puede ser deliberada y sistemática y, aun con todo, ser productiva.

⁴⁰ Hernández Martínez, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 265.

⁴¹ Alexander, T. *Sinéctica: la invención por el método de la locura*. Revista *Fortune* 72, 1.965. Págs. 165-168.

Se trata de formar grupos de trabajo que encuentren soluciones a problemas concretos, aquí los participantes no se eligen al azar, sino que son seleccionados previamente y tienen experiencia en este tipo de prácticas. Se parte de la base de que la creatividad está latente en las personas en mayor o menor medida, se considera que, en materia de creatividad, lo emocional y no racional es tan importante como lo racional e intelectual y que los elementos emocionales y no racionales pueden enriquecerse por medio del entrenamiento, la práctica y, sobre todo, con el pensamiento metafórico. El desarrollo de esta técnica pasa por tres fases fundamentales: convertir lo extraño en familiar, convertir lo familiar en algo extraño y la tercera fase en la que se retorna a lo real.

Los autores de la *Sinéctica* conectan esta técnica con lo que consideran la naturaleza psicológica de la creatividad, es decir, el hecho de que las mejores ideas surgen cuando precisamente no se piensa en ellas. Su inventor W. Gordon afirma de ella que “es una técnica que apunta hacia el empleo consciente de los mecanismos psicológicos subconscientes que gobiernan toda actividad creadora”⁴².

Se trata de un proceso creativo en constante movimiento que se aplicó fundamentalmente a la búsqueda de soluciones en el mundo industrial. Se desarrollaba a través de sesiones en las que siempre había un experto que familiarizaba a los participantes con el problema planteado para que fuese comprendido por todos. A partir de ahí se solicitan analogías directas, personales, simbólicas y fantásticas. Realiza una especie de recorrido, de ruta que parece no tener nada de lógica pero que lleva a la solución de un

⁴² Gordon, W.J.J. *Synectics: The development o creative capacity*. Harper and Row. Nueva York, 1.969.

problema, ya que el subconsciente sigue trabajando en él aunque parezca olvidado, lo que provoca que la solución surja en cualquier momento.

La investigación y puesta en práctica de la *Sinéctica* lleva a los autores a establecer que el proceso creativo puede enseñarse y la capacidad creativa de las personas aumentarse si éstas comprenden el proceso psicológico que deben seguir. Para ambos autores, el componente emocional es más importante que el racional, siendo aquel el que aumenta las posibilidades de éxito en la solución de problemas. Prince afirma que “el intento de elaborar una metodología tiene como finalidad brindar al individuo un procedimiento repetible que pueda aumentar sus posibilidades de éxito y precipitar su arribo a la solución novedosa”⁴³.

Posteriormente, Gordon definirá la creatividad como “actividad mental desarrollada en aquellas situaciones en las que se plantean y resuelven problemas con el resultado de invenciones artísticas o técnicas”⁴⁴.

García Uceda incluye este tipo de técnicas en las denominadas “técnicas informales”⁴⁵, aquellas que buscan las ideas novedosas en la ordenación mental del individuo. Dentro de ellas separa dos grupos, las llamadas *listas de comprobación* - que pueden ser de inspiración técnica, de inspiración retórica y de inspiración publicitaria- y las que denomina *basadas en la sinéctica* -que relacionan elementos racionales y no racionales-, entre las que se encuentran la exploración analógica, el

⁴³ Prince, G. *El mecanismo operativo de la Sinéctica*. Journal of creative behavior, n°2, 1.968. Págs. 1-13.

⁴⁴ Vidal Silva, P. *Diccionario de Ciencias y Técnicas de la Comunicación*. Op. cit. Pág. 291.

⁴⁵ García Uceda, M. *Las claves de la publicidad*. Op. cit. Pág. 213/214.

vagabundeo visual, la configuración de lo concreto, el desciframiento del azar, las matrices del descubrimiento y los mapas mentales.

La escuela de la Gestalt realiza también su análisis del pensamiento creativo en la década de los 50, insistiendo sobre todo en el aspecto creador del pensamiento, en su naturaleza productiva frente a la idea reproductiva sostenida por otras corrientes psicológicas.

Esta corriente introduce el *principio de dirección*, sin el cual no es posible solucionar problemas ya que no basta simplemente con la experiencia, sino que el sujeto tiene que interpretar el problema de un modo determinado, es decir, es preciso un pensamiento dirigido. El sujeto ha de comprender que existe una relación entre los datos del problema y eso es lo que le lleva a la solución, de tal forma que el problema no puede ser analizado por partes, sino en su conjunto, para encontrar y entender la relación entre todas ellas.

Este modo de entender el problema utiliza el mecanismo de la intuición para llegar a la solución, es decir, el sujeto percibe de pronto nuevas posibilidades de acción que le llevan a solucionar el problema.

Solución en la que también será determinante la capacidad del individuo de romper con los bloqueos de todo tipo que le hagan actuar de una manera estereotipada. Toda situación tiene su estructura, una relación de elementos, en el momento que el sujeto capte dicha estructura puede captar el máximo de información sobre ella. Esa búsqueda de estructura es la base de lo que se denomina en esta corriente el pensamiento productivo.

En palabras de Landau, la teoría gestáltica define la creatividad como “una acción por la que se produce o moldea una nueva idea o visión. Y esa novedad surge repentinamente, pues es un producto de la imaginación y no de la razón o de la lógica”⁴⁶.

Todas las técnicas basadas en la resolución de problemas se plantean concretamente como métodos de aprendizaje, de enseñanza creativa y adiestramiento, encaminados a enseñar a solucionar problemas en el entorno cotidiano de los sujetos. Sus fórmulas se basarán en las técnicas del *Brainstorming* y la *Sinéctica*.

Hemos hablado de las técnicas asociativas u organizadas -*Brainstorming*- y de las analógicas o informales -*Sinéctica*-, pero es preciso determinar un tercer grupo: las técnicas combinatorias donde se encuadra el denominado *Análisis morfológico*⁴⁷, técnica que se inserta dentro de la concepción de la creatividad como una combinación de elementos conocidos.

Se trata de una técnica que, a diferencia de las anteriores, no se basa en presupuestos psicológicos o en alcanzar un clima psicológico determinado, sino que tiene su inicio en una descomposición exhaustiva de un problema, objeto o situación, desmenuzando todos sus componentes. Su creador fue el suizo F. Zwicky y completada, a partir de los años 70, por Myron S. Allen.

⁴⁶ Landau, E. *El vivir creativo. Teoría y práctica de la creatividad*. Herder, Barcelona, 1.987. Pág.53.

⁴⁷ Hernández Martínez, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 289.

Esta técnica tiene su antecedente en el listado de atributos del profesor Robert Crawford, de la que ya hemos hablado con anterioridad. El análisis morfológico intenta representar un problema a partir de sus principales dimensiones. Cada dimensión tiene a su vez un determinado número de elementos. La combinación entre sí de todos los elementos de cada una de las dimensiones permite entrever posibles soluciones a las que no se llega de una manera intuitiva.

Para desarrollar esta técnica será precisa una redefinición del problema, es decir, plantearse en los términos más amplios y generales posibles; analizarlo, definir las dimensiones y los elementos que lo conforman; establecer la morfología del problema o, lo que es lo mismo, delimitar todas las combinaciones posibles entre elementos de cada dimensión y, por último, estaría la validez de las soluciones en las que se examinan las ideas surgidas, se desechan las que no son válidas y, de entre las factibles, se elige la solución ideal.

Además de las cuatro líneas de investigación, otros autores van realizando estudios hasta los años 70 que, o bien se fijan en uno solo de los aspectos de la creatividad, o compaginan varias de esas líneas de estudio simultáneamente.

En el año 1.958, John E. Arnold define la creatividad como “el proceso mental a través del cual se combina una y otra vez la experiencia pasada, de modo que se alcancen como resultado modelos nuevos, configuraciones u ordenaciones que resuelvan alguna necesidad del género humano”⁴⁸.

⁴⁸ Whiting. En *Creatividad Publicitaria*. De los Ángeles. EUNSA. Pamplona, 1.996: pág. 23.

Una año más tarde, Irving Taylor habla de la naturaleza del proceso creativo y alude a él afirmando que es la “reorganización de las cosas de modo distinto”, estableciendo en sus investigaciones cinco niveles de creatividad:

- 1.- Expresivo: se apoya en un quehacer espontáneo y libre, sin cualidades especiales.
- 2.- Productivo: se trata de modelar, de configurar las sensaciones y fantasías a través de cualidades, ya sean adquiridas o innatas.
- 3.- Inventor o descubridor: se trabaja con nuevas operaciones.
- 4.- Innovador: la invención produce nuevas evoluciones.
- 5.- Emergente: la creatividad que logra descubrimientos y resultados absolutamente sorprendentes y desacostumbrados y que muy pocos alcanzan⁴⁹.

Charles H. Verbalim publicaba en 1.962 un trabajo donde afirmaba que “la creatividad es el proceso de presentar un problema a la mente con claridad y luego originar o inventar una idea, concepto, noción o esquema según líneas nuevas o no convencionales. Supone estudio, reflexión más que acción”⁵⁰.

Se refiere también en su escrito a las cualidades que debe tener una persona para considerarse creativa y para ello se remite a un estudio realizado en la Universidad de California. La primera de las conclusiones es que no existe un estereotipo de hombre creador, pero los así considerados poseen una curiosidad intelectual por todo lo que ocurre a su alrededor; son

⁴⁹ Matussek, P. *La creatividad. Desde una perspectiva psicodinámica*. Op. cit. Pág. 38.

⁵⁰ Verbalim, Ch. *¿Qué es la creatividad?*. En la revista *Hydrocarbon Processing*, 1.962. Pág. 110.

personas que tienen mucha información que utilizan y reutilizan una y otra vez, son sensibles a sus elucubraciones psicológicas y tolerantes a la ambigüedad.

Se establece en dicho estudio que, normalmente, las personas creativas poseen una infancia desdichada, se comprenden a sí mismas y tienden a la introversión, no les preocupa lo que sobre ellos piensen los demás, son independientes y flexibles con respecto a medios y objetivos, sienten gran interés por los significados y las implicaciones de los hechos, intelectualmente son verbales y comunicativos y no tienen ningún interés en controlar sus imágenes e impulsos⁵¹.

Este autor se refiere también a los estudios que sobre la persona creativa realiza el profesor Lowenfeld, quien establece hasta ocho características de los individuos creativos y que recuerdan mucho a las determinadas en las investigaciones de Guilford y Brittain. Dichas características serían: sensibilidad a los problemas; fluidez, en el sentido de sacar ventaja a cada situación; flexibilidad, es decir, facilidad para adaptarse a todas las situaciones; originalidad; capacidad de redefinición, ser capaces de utilizar de forma nueva conceptos, ideas...; capacidad de abstracción; capacidad de síntesis, de combinar las distintas partes para llegar a un todo creativo y, por último, coherencia de organización, saben sacar todo el provecho de lo que disponen para trabajar⁵².

Siguiendo con la creatividad como proceso, el año 1.962 nos trae una nueva definición, “la búsqueda de nuevas combinaciones de elementos”, en

⁵¹ Verbalim, Ch. *¿Qué es la creatividad?*. *Hydrocarbon Processing*. Op. cit. Pág. 111.

⁵² Ídem, pág. 111.

este caso, el autor es Haefele⁵³. Dos años más tarde, A. Koestler define la creatividad como “el hecho de unir, relacionar dos dimensiones hasta el momento extrañas entre sí”⁵⁴. Ambas definiciones podrían ser la base para el desarrollo de la técnica del análisis morfológico.

Hasta aquí discurre el desarrollo de lo que Vidal Silva denomina “paradigma clásico de la creatividad”, considerando a Guilford como el máximo exponente de una época que dura alrededor de cuarenta años, con distintas definiciones y tendencias en el estudio de la creatividad pero manteniéndose sobre esos cuatro pilares de los que ya hemos hablado, a pesar de que éstos se desarrollan de forma distinta pues, si bien se habla mucho de sujeto creativo y de proceso, no ocurre lo mismo en lo que respecta al producto y al contexto⁵⁵.

A modo de recuerdo, en lo que se refiere al sujeto, habría que establecer dos tendencias: por un lado Guilford, que integra la creatividad como una parte de la inteligencia humana y, por otro, cabría destacar las investigaciones de Cattell, que contempla las distintas dimensiones de la personalidad en cuanto a rasgos físicos, cognitivos, temperamentales y motivacionales.

Por lo que respecta al proceso, no hay una teoría ni una metodología concreta para desarrollarlo. Hemos visto distintas tendencias y técnicas pero quizá el modelo a seguir siga siendo el establecido por Wallas a fin de los años 20: preparación, incubación, iluminación y verificación. Y, por lo que

⁵³ De los Ángeles, J. *Creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 29.

⁵⁴ Vidal Silva, P. *Diccionario de Ciencias y Técnicas de la Comunicación*. Op. cit. Pág. 291.

⁵⁵ Ídem, pág. 293.

respecta al producto, se echa en falta un modelo con el que poder comparar si algo es o no creativo.

1.4. Los años 70 y el paradigma cognitivo.

A partir de los años 70 y por la propia evolución de la Psicología y, por supuesto del mundo, se formula el llamado “paradigma cognitivo”. Este modelo lo que hace es representar al sujeto creativo como un procesador activo de información. Newell y Simon se erigen en 1.972 como los representantes y fundadores de esta nueva corriente y “tratan de establecer un modelo riguroso de las etapas del proceso cognitivo por la que discurren, de forma discreta, las operaciones del sujeto”⁵⁶.

Dentro de este nuevo “paradigma” se observan dos corrientes: la primera, de naturaleza psicológica, en la que se usa el ordenador como sujeto experimental por sus similitudes con el hombre y, la segunda, alineada con la inteligencia artificial, trata de dotar al ordenador para que realice el mismo tipo de tareas que el ser humano. Se produce una desatención a la creatividad y “las investigaciones se centran entonces en las estructuras y procesos de cognición humana”⁵⁷.

Esta nueva época trae además un cambio en las áreas de investigación. Además de prestar atención al producto y al contexto, se estudia al sujeto como ser capaz de ejecutar estructuras y, en cuanto al proceso, se trata de describir y explicar el proceso de producción normal

⁵⁶ Vidal Silva, P. *Diccionario de Ciencias y Técnicas de la Comunicación*. Op. cit. Pág. 293

⁵⁷ Ídem, pág. 291

para cualquier tipo de tarea. Aparece un quinto elemento en las investigaciones, el estudio de los sistemas que permiten la acción humana.

A pesar del desarrollo de este paradigma cognitivo, las investigaciones clásicas no desaparecen, si bien adquieren matices algo más científicos, lo cual puede apreciarse en la definición de T. Powell Jones del año 74, que nos recuerda las características del sujeto establecidas por Guilford en los años 50, si bien Powell va más allá: “la creatividad es una combinación de flexibilidad, originalidad y sensibilidad en las ideas que capacitan al pensador para romper con las habituales secuencias del pensamiento, iniciando diferentes y productivas secuencias, cuyo resultado origina satisfacción para él y, tal vez, para otros”⁵⁸.

En el año 1.973, autores como A. Kaufman, M. Fustier y A. Drever diferencian tres etapas fundamentales en el proceso creativo, siguiendo para ello las investigaciones de Koestler relatadas anteriormente. Estos tres autores hablan de una primera fase lógica, en la que se lleva a cabo la formulación del problema, la recogida de datos y la búsqueda de soluciones; la segunda, sería una fase intuitiva, en la que se incluye la modulación, aclaraciones y la iluminación; por último, la tercera fase, denominada crítica, en la que se realiza un examen del descubrimiento, la verificación y la puesta a punto⁵⁹.

El psicólogo Paul Matussek analiza en 1.974 la creatividad desde el punto de vista psicodinámico, intentando descifrar cuáles son las “fuerzas de las que surge la creatividad”. Para este autor la creatividad es una cualidad

⁵⁸ Vidal Silva, P. *Diccionario de Ciencias y Técnicas de la Comunicación*. Op. cit. Pág. 291.

⁵⁹ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 361.

que no solo pertenece a unos pocos artistas sino que puede encontrarse en muchos hombres. Afirmar que es “un ámbito potencial -casi siempre desconocido y, por ende, desaprovechado- que se encuentra en cada uno y que solo espera ser descubierto, despertado, desarrollado”⁶⁰.

Cuando anteriormente hemos hecho referencia a las investigaciones de J. P. Guilford y Brittain establecíamos que el pensamiento no lo era todo a la hora de estudiar la creatividad, sino que ésta era algo más que experimentos y pensamiento creador. Matussek establece que esa actividad creadora va más allá de una determinada manera de pensar y que es también “... y, según las últimas investigaciones en mayor medida expresión de la personalidad. Las peculiaridades emocionales tienen mayor importancia que las intelectuales”⁶¹. Recordemos que esta supremacía de lo emocional sobre lo racional lo establecían ya Gordon y Prince con su método de la *Sinéctica*.

Matussek destaca tres características fundamentales de la personalidad creadora; la primera de ellas sería la tolerancia a la ambigüedad, es decir, el creativo puede trabajar bajo presión sin que por ello se vea influido su rendimiento, es capaz de sacar fuerzas de flaqueza para conseguir solucionar la cuestión que se le plantea.

Se destaca además el desinterés de la persona considerada creativa para trabajar en equipo. El autor establece que, a los creativos, el tener que trabajar con los demás se les presenta más como un obstáculo que como una ayuda. Por último, el hombre creador es crítico, crítico consigo mismo y capaz de aceptar las soluciones que otros le aportan, si éstas son mejores.

⁶⁰ Matussek, P. *La creatividad. Desde una perspectiva psicodinámica*. Op. cit. Pág. 8.

⁶¹ Ídem, pág. 27.

Al igual que ocurre con otros autores que hemos ido señalando, Matussek también es de la opinión de que “la creatividad es, en buena medida, algo que se aprende. Al menos en determinadas circunstancias se la puede favorecer o reducir, construir o destruir, por la educación y el entrenamiento”⁶².

Una definición de creatividad que nos acerca al sujeto la aportan a mediados de los años 70 A. Moles y R. Caude. Para ellos, creatividad es “la aptitud particular del espíritu para reorganizar los elementos del campo de la percepción de un modo original y susceptible de dar lugar a operaciones en uno u otro campo... Es una actitud inherente al espíritu humano, que está especialmente desarrollada entre los individuos que tienen profesiones de creación intelectual: investigadores, artistas o escritores”⁶³.

Ambos autores desarrollan en 1.977 el proceso creativo, distinguiendo en él cinco partes fundamentales que nos recuerdan también las fases establecidas por Wallás, si bien aumentan un paso más en dicho proceso.

El primero es denominado *preparación*: se trata del análisis exhaustivo del problema y el planteamiento inicial de las posibles soluciones.

El siguiente paso, la *incubación*, es una fase intermedia de distanciamiento y cierto olvido del problema.

La *iluminación*, aparición de ideas y replanteamiento del problema, sería la tercera de las fases.

La cuarta serviría para la *verificación* de la validez de los datos.

⁶² Matussek, P. *La creatividad*. Op. cit. Pág. 32. De la misma opinión es Echeverría Vicente, M.A. *Creatividad & Comunicación*. Op. cit. Págs. 19 y ss.

⁶³ Vidal Silva. *Diccionario de Ciencias y Técnicas de la Comunicación*. Op. cit. Pág. 291.

El último paso daría lugar a la *comunicación* y socialización de los logros⁶⁴.

Definiciones algo más cercanas en el tiempo las aportan autores como Gombrich: “nuevas relaciones entre elementos ya conocidos del creativo” y Kim, en 1.990, al hablar de creatividad como “búsqueda de soluciones a problemas”⁶⁵.

Los distintos autores definen, sin embargo, partes de un todo que es la creatividad. Se habla de un proceso, de unas fases a seguir, o bien se habla de las características que debe tener una persona y, por supuesto, se habla de resultados, de algo que ha de ser nuevo, original y que ha de servir para resolver algún problema; pero no hay una definición clara de lo que el concepto significa. Autores actuales como Vidal Silva, González Martín o incluso Paul Matussek, señalan la dificultad de una definición e incluso afirman que no la hay, en el sentido de una definición única capaz de englobar todos los aspectos a los que nos hemos referido, es decir, en cierto modo son incompletas.

Tal vez deberíamos definir la creatividad como una capacidad presente en todos los hombres que permite lograr soluciones a problemas que se plantean y para lo que es preciso apoyarse en realidades ya existentes, dado el carácter limitado del hombre, que no puede crear de la nada. La profesora Hernández nos proporciona una definición de creatividad basada en las argumentaciones y estudios planteados a lo largo de los epígrafes anteriores delimitándola como “el conjunto de aptitudes vinculadas

⁶⁴ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 361.

⁶⁵ De los Ángeles, J. *Creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 29.

a la personalidad del ser humano que le permiten, a partir de una información previa, y mediante una serie de procesos internos (cognitivos), en los cuales se transforma dicha información, la solución de problemas con originalidad y eficacia”⁶⁶.

Sacks nos acerca también una definición en la que parece se engloban algunas de estas cuestiones: “la creatividad, tal como se entiende normalmente, conlleva no solo un qué, un talento, sino también un quién: marcadas características personales, una fuerte identidad, una sensibilidad y un estilo personales que desembocan en el talento, se funden con él, dándole cuerpo y forma. En este sentido, la creatividad implica el poder de inventar, de romper con las maneras existentes de ver las cosas, de moverse libremente en el ámbito de la imaginación, de crear y recrear mundos en la propia mente y, al mismo tiempo, de controlar todo eso con la mirada interior crítica. La creatividad tiene que ver con la vida interior, con un flujo de ideas nuevas y sentimientos fuertes”⁶⁷.

Hasta ahora hemos visto las distintas expresiones que dicho término ha ido desarrollando a lo largo de más de cincuenta años de investigación, si bien es preciso afirmar que, hoy en día, el término creatividad se aplica de forma más específica a ámbitos de actuación concretos, como es el caso del mundo de la publicidad. Con todo, veremos que muchas de las características que se señalan a los creativos publicitarios o las técnicas utilizadas son fiel reflejo de lo que la psicología ha ido sembrando.

⁶⁶ Hernández Martínez, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 67.

⁶⁷ Sacks, O. “Prodigios” en *Un antropólogo en Marte*. Anagrama. Barcelona, 1.992: pág. 297.

1.5. Creatividad Publicitaria.

En el mundo publicitario, la creatividad se entiende como un amplio proceso que comienza con la elaboración de una estrategia, que no siempre se realiza en el seno de una agencia y que, en algunos casos, parte de la empresa o del anunciante. Una estrategia a partir de la cual comienza toda la fase de creación propiamente dicha, en la que se establecen una serie de elementos para conseguir el fin buscado: vender. Sin embargo, no es algo tan sencillo de delimitar, habida cuenta de que los estudiosos y los publicitarios exponen un amplio abanico de posibilidades e incluso delimitan contenidos distintos para referirse a la creatividad publicitaria.

Los distintos autores y teóricos de la publicidad definen de forma distinta la creatividad o, mejor dicho, la concretan más o menos en cuanto a su contenido. Por un lado, los grandes publicitarios como Hopkins y Ogilvy se refieren a la creatividad como esa “gran idea” que nos permitirá hacer un anuncio memorable, un anuncio que permita hacer sonar la caja registradora, es decir, vender, fin último de la publicidad, pero no una venta egoísta, sino altruista⁶⁸.

A una gran idea se refiere también García Uceda al afirmar que “un anuncio eficaz es un concepto, una idea creativa, que evoca de manera directa o inducida la satisfacción, significativa y creíble, que proporciona el producto al consumidor, a través de una codificación novedosa, sorpresiva, comprensible y sintonizada con el target”⁶⁹.

⁶⁸ Hopkins, C. *Mi vida en publicidad*. Eresma Ediciones. Madrid, 1.980: págs. 65 y ss.

⁶⁹ García Uceda, M. *Las claves de la publicidad*. Op. cit. Pág. 194.

Para estudiosos más teóricos y académicos, la creatividad es algo mucho más amplio, es la “elaboración del mensaje” como afirma González Martín⁷⁰; para Joannis, sin embargo, es preciso hablar de una estrategia creativa, unos elementos de creación, todo un proceso creativo que es también desarrollado por autores como Ortega o Vidal Silva.

Casi podríamos decir que los más teóricos relatan toda la secuencia de un proceso creativo compuesto por muchas fases y que permitirá llegar a esa “gran idea” de la que hablan los grandes publicitarios, para los que el concepto es mucho más concreto, si bien señalan siempre en sus escritos la importancia de la investigación, de la información precisa para desarrollar la idea que llevará a la venta. Así, Lorente afirma: “Los creativos, quienes van a hacer el trabajo, necesariamente deben estar en el momento de la recepción de la información, para después sentir el producto, compenetrarse con él, enamorarse de él”⁷¹.

Es como si hablásemos del todo y la parte, hablamos de procesos y de técnicas creativas y de la creatividad como una parte de ellos, pero con un sentido mucho más concreto.

No está por tanto claro todo su contenido. Se habla de estrategia creativa, en la que se recogen todos los datos sobre los consumidores y el producto que servirán para elaborar los anuncios, se habla propiamente de creatividad para referirse a esa gran idea que surge para dar forma a todos los datos analizados y que se desarrolla en la obra publicitaria, se habla de creativos para hacer referencia a quien desarrolla su trabajo en este aspecto

⁷⁰ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 359.

⁷¹ Lorente, J. *Casi todo lo que sé de publicidad*. Edt. Folio. Barcelona, 1.995: pág. 46.

publicitario, si bien se acepta que no solo ellos son los grandes descubridores de las buenas ideas.

Ogilvy lo reconocía con estas palabras: “los veteranos no tienen el monopolio de las grandes ideas, así como tampoco lo tienen los creativos. Algunas de las mejores ideas proceden de los ejecutivos encargados de llevar las cuentas, los investigadores y otras personas. Anímenles a que tengan ideas, necesitará todas las que pueda conseguir. Animen a los innovadores. El cambio es nuestra savia social, el estancamiento nuestra sentencia de muerte”⁷².

Por su parte, Hopkins destaca el valor de la dedicación por encima del talento de las personas: “existe el ingrediente del talento, sin embargo, es quizá menos importante que la dedicación, ya que el hombre que hace el doble o el triple de trabajo que otros, también aprende dos o tres veces más. Cometerá más errores y conseguirá más éxitos y aprenderá bastante de ambas cosas”⁷³.

A pesar de todo ello, en el mundo de la publicidad todo lo referido a la creación es más concreto, si se nos permite expresarlo así, que las distintas investigaciones que durante años se desarrollaron en los ámbitos de la psicología y la pedagogía.

Sin embargo, la elaboración del mensaje publicitario no es algo tan sencillo como un simple unir palabras e imágenes que, posteriormente, se envían a los medios a la espera de que la gente compre nuestro producto y el

⁷² Ogilvy, D. *Anotaciones privadas de David Ogilvy*. Edt. Folio. Barcelona, 1.990: pág. 119.

⁷³ Hopkins, C. *Mi vida en publicidad*. Op. cit. Pág. 38.

cliente obtenga unos excelentes beneficios que le hagan estar eternamente agradecido por los servicios prestados y pagados.

El proceso de creación publicitaria engloba toda una serie de fases y requisitos que sirven de abono para llegar a esa idea que nos permita ganarnos el calificativo de creativos.

Hemos visto como, en los estudios de psicología, autores como Wallas, Moles... hablaban de un proceso creativo con distintas fases. Se trataba de todo un proceso que se iniciaba en el momento en que nos comunicaban sobre qué debíamos hacer nuestro trabajo (producto o servicio, en el caso de la publicidad) hasta que el resultado de ese trabajo llegaba al público.

Se trata de un proceso largo y exhaustivo pero, a la vez, más delimitado en el mundo publicitario de lo que pudiera pensarse, más si lo comparamos con otras disciplinas. Evidentemente, la finalidad que el anunciante persigue, cuando se plantea la publicidad como forma de dar a conocer sus productos, es vender, obtener una serie de resultados, tanto a nivel de mercado como a nivel de comunicación con los receptores. Se trata de un planteamiento que todos los comerciantes tienen en mente, por lo que han de competir para conseguir la atención del público por encima del resto de productos con los que conviven en el mercado.

Hemos de tener en cuenta, además, que los productos tienen cada vez menos diferencias entre ellos, por lo que no vale simplemente con

presentarse ante el consumidor, hay que ofrecer algo más, un valor añadido, “un privilegio y no una inducción a la compra” como afirmaba Hopkins⁷⁴.

Esa diferenciación, esa llamada de atención se consigue actualmente a través de la creatividad publicitaria. Pero para llegar a ese momento será preciso completar una serie de etapas previas.

Tal vez el hecho de que los mercados sean en la actualidad más competitivos, con más productos y servicios, con menos características distintivas entre ellos ante los ojos de los consumidores, ha favorecido que la creatividad haya perdido un poco de esa intuición o gran idea de la que hablaban los publicitarios clásicos para convertirse en todo un proceso que sí va a llevarnos o debería llevarnos a una idea genial.

Esta idea genial tendrá que estar más trabajada, en el sentido de que será precisa una ingente cantidad de información, para llegar a unas conclusiones que deriven en un mensaje elaborado y testado. Por decirlo de alguna manera, para no correr demasiados riesgos intentando ajustar cada paso a los distintos datos que se nos facilitan para evitar el fracaso.

1.6. El proceso creativo en publicidad.

La tarea publicitaria se inicia con el planteamiento de un problema por parte del anunciante a la agencia. Desmenuzarlo, entender y comprender ese problema por parte de la agencia publicitaria será el primer paso del proceso de creación. La actividad publicitaria comenzará entonces con la recepción del *briefing* por parte de la agencia.

⁷⁴ Hopkins, C. *Mi vida en publicidad*. Edt. Eresma. Madrid, 1.980. Pág. 65.

En dicho documento, proporcionado por el anunciante, se incluyen todos los datos necesarios para analizar el problema y comenzar a trabajar en su solución. Se trata de una información que ha de ser lo más completa y exhaustiva posible sobre: la empresa, el producto, el mercado, la competencia, el consumidor, objetivos y estrategia de márketing, objetivos de publicidad, target group, presupuesto, estrategia publicitaria y recomendaciones para la realización de la campaña.

Una vez que el departamento de medios recibe y revisa toda la documentación puede elaborarse un contrabriefing en el que se recojan otros datos que se consideran fundamentales para la realización de la campaña y que han sido recopilados a través del departamento de investigación, o bien se le han solicitado al cliente. Del análisis de toda la información recabada saldrán los datos necesarios para la elaboración de la estrategia. Si bien esta tarea no es realizada por el departamento creativo, si pueden empezar a surgir ideas que podrán ayudar o ser útiles en la elaboración de la campaña, -cabe recordar las palabras de Ogilvy citadas anteriormente negando el monopolio de las grandes ideas a los creativos-.

El resultado de esa tarea de análisis habrá de llevarnos a extraer del *briefing* los factores clave o *Key Facts*: “aquellos aspectos que, en diversos ámbitos -producto, consumidor, mercado, etc.- son elementos imprescindibles para el desarrollo del trabajo”⁷⁵. Estos factores clave son los que nos llevarán a la elaboración de la estrategia publicitaria en la que habrá de marcarse objetivos publicitarios, es decir, la respuesta que buscamos en el consumidor y que podrá ser cognitiva -qué conjunto de informaciones y creencias queremos que el receptor obtenga-, afectiva o comportamental -

⁷⁵ Hernández Martínez, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 117.

referida tanto a comportamientos de compra como de consumo del producto-.

La estrategia publicitaria incluye cuatro puntos claves para la realización de la campaña: el público objetivo - se incluyen no sólo variables sociodemográficas, sino también las características de su perfil psicológico, social y de comportamiento; el análisis de las características del producto, protagonista del mensaje publicitario, intentando descifrar qué cualidad o ventaja distintiva posee con respecto al resto de productos con los que ha de competir en el mercado; el presupuesto con que cuenta la agencia para realizar la campaña, así como el calendario para la ejecución de los mensajes y el posicionamiento, que nosotros hemos incluido dentro de las filosofías creativas, que desarrollaremos con posterioridad.

De la estrategia publicitaria se deriva la estrategia de medios, encargada de la planificación, selección y contratación de espacios publicitarios, así como la estrategia creativa que plantea dos momentos culminantes: qué se va a decir al consumidor y cómo se le va a comunicar, ésta será la base del trabajo que, a posteriori, desarrollarán los creativos publicitarios.

La estrategia creativa es, en palabras de Ortega, “el marco de actuación en el que tiene que desarrollarse la creatividad del mensaje publicitario. De esta forma, la estrategia creativa obliga al equipo creativo a actuar dentro de un campo definido (...). En realidad, más que una limitación, la estrategia creativa constituye el punto de partida para el

desarrollo del proceso de creación de cuya calidad y eficacia es responsable el equipo creativo”⁷⁶.

1.6.1. La estrategia creativa.

Joannis desarrolla ampliamente el contenido de la estrategia creativa como un paso previo a la elaboración de la creación publicitaria y la delimitación de los elementos de creación. Para este autor, la estrategia debe contener cinco puntos fundamentales.

El primero de ellos corresponde al *blanco*. De lo que se trata “es de señalar a los creativos y describirles desde dentro los consumidores a los que se dirige la campaña”⁷⁷. Para ello, sostiene Joannis, es preciso delimitar primero las características sociodemográficas de los consumidores potenciales tales como sexo, edad, categoría social y profesional y el hábitat.

El siguiente tipo de estudio corresponde a criterios cualitativos, es decir, conocer todo lo posible acerca de las motivaciones, las actitudes, las imágenes y los conocimientos de los futuros receptores de la comunicación publicitaria. Se trata de una información vital sobre la que actúa la creación publicitaria. En palabras del autor: “es donde se va a encontrar la información clave sobre la psicología del consumidor...”⁷⁸.

En este apartado de la estrategia creativa será también preciso delimitar el comportamiento del público potencial ante los productos.

⁷⁶ Ortega, E. *La comunicación publicitaria*. Edt. Pirámide, Madrid, 1.997: pág. 216.

⁷⁷ Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Deusto, Bilbao, 1.996: pág. 73.

⁷⁸ Ídem, pág. 74.

El segundo punto establecido por Joannis es la *formulación del objetivo*: “es lo que se quiere que ocurra en la cabeza del cliente potencial”⁷⁹.

Los objetivos pretendidos son: informar o dar a conocer, una de las más importantes funciones de la publicidad, es decir, señalarle al consumidor la existencia de una marca dentro de una gama de productos; asegurar la presencia mental: conseguir que nuestra marca forme parte del grupo en el que siempre piensa el consumidor de forma inconsciente; construir o modificar una imagen de marca, se trata de añadir unas dimensiones inmateriales o simbólicas a una marca ya conocida; modificar los comportamientos de consumo, es decir, sugerir nuevas formas de utilización o consumo de un producto ya conocido y, por último, provocar una reacción, lo que se busca en este caso es una reacción inmediata por parte del consumidor al que nos dirigimos.

En tercer lugar, y siguiendo las directrices de Joannis, se coloca la *formulación de la promesa*: “describe cómo el creativo va a mover a su público de clientes potenciales hacia el objetivo pretendido por la campaña”⁸⁰.

Se trata de establecer una sola promesa, que sea comunicada con sencillez y, a la vez se quede en el plano de la abstracción, ya que es el creativo quien debe hacer viva la satisfacción que contiene la promesa; cabe señalar que ésta es una orientación a la creación y no la creación en sí, por ello su formulación debe darse en el plano de lo abstracto: “la promesa no es

⁷⁹ Ídem, pág. 77.

⁸⁰ Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Op. cit. Pág. 83.

lo que debe expresar la creación, sino lo que debe quedar en la cabeza del cliente potencial después de haber visto la creación”⁸¹.

Es preciso además destacar la naturaleza de la promesa ya que ésta delimita en cierta forma la estrategia creativa. La promesa puede referirse a la ventaja del producto o bien al beneficio del consumidor y éste puede tener un aspecto material, cuando nos habla de una satisfacción en términos concretos, o bien un aspecto inmaterial, cuando lo que nos propone es la participación simbólica en el mundo de la marca.

La utilización del aspecto material de este tipo de promesas da lugar a la estrategia creativa tradicional que sigue la secuencia blanco, objetivo, promesa, apoyo y tono. Sin embargo, en el caso del aspecto inmaterial la promesa, el apoyo y el tono se convierten en un único punto, ya que la promesa es apoyo y tono a la vez. En cualquiera de los dos casos hablamos, como ya hemos dicho, de una “estrategia creativa tradicional” o *copy strat*⁸².

Cabe destacar que Joannis señala un tercer tipo de promesa más abierta, ya que no se formula en esta fase sino que es resultado de la investigación creativa propiamente dicha y que, por tanto, se elige a posteriori.

Los dos últimos puntos de la estrategia creativa, tal y como la establece este autor, se refieren a la *formulación de imperativos* y al *tono* de la comunicación, en ellas se engloban los formatos que deben utilizarse, así

⁸¹ Ídem, pág. 84.

⁸² Ídem, pág. 86.

como los elementos de continuidad que deben respetarse, las palabras y conceptos que deben evitarse o el cumplimiento de normas en lo que respecta a logotipos, gráficos...⁸³.

Los elementos relatados por Joannis constituyen las instrucciones de creación, es decir, las pautas orientativas que habrán de tener en cuenta los creativos para la elaboración de todo el mensaje publicitario y que podrán servirle de guía para no alejarse de la estrategia publicitaria, previamente elaborada, y que recibe nombres diversos dependiendo de las distintas agencias o autores, tal y como veremos a continuación. Para Hernández Martínez estas instrucciones de creación “responden a la idea de que la creación publicitaria no es la aparición repentina e incontrolada de unas ideas, sino una tarea más planificada según los dictámenes de la estrategia, que trata de hallar la manera más idónea de comunicar una decisiones”⁸⁴.

Ortega hace una descripción de elementos de la estrategia creativa que tiene varios puntos en común con lo establecido por Joannis, si bien amplía el número de partes que deben desarrollarse a un total de seis⁸⁵.

Establece el primer punto de investigación en la población destinataria del mensaje, en la que se observan las variables socioeconómicas y demográficas, así como el comportamiento sobre el consumo y el uso de productos y servicios a los que se refiere el anuncio.

El segundo punto a desarrollar serán los efectos del mensaje, o lo que es lo mismo, en palabras de Joannis, el objetivo.

⁸³ Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Op. cit. Pág. 90.

⁸⁴ Hernández Martínez, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 136.

⁸⁵ Ortega, E. *La comunicación publicitaria*. Op. cit. Pág. 219.

El documento desarrolla, en un tercer punto, el beneficio que se aporta al consumidor, es decir, la característica más fuerte o la ventaja que nos sitúe por encima de la competencia. Lo que antes hemos calificado de promesa.

Esta estrategia seguiría su recorrido con la demostración de que la marca proporciona el beneficio al consumidor para continuar con un estudio de la actuación y la situación de la competencia y, por último, se desarrollan las limitaciones y condicionantes de nuestra actuación, es decir, los imperativos.

Como hemos observado, los pasos de la estrategia establecidos por Ortega coinciden en gran medida con los definidos en su momento por Joannis. Si bien Ortega deja bien claro que “es frecuente que los anunciantes solo definan la población, el objetivo y el medio a utilizar, dejando libertad a la agencia para realizar la estrategia creativa que considere más oportuna”⁸⁶.

Puntos en común con lo estudiado hasta este momento los encontramos en los escritos de González Martín, para quien ya hemos dicho que la creatividad publicitaria “es la elaboración del mensaje”. Para este autor la importancia de la publicidad viene determinada por lo importante que resulta para el fabricante, que ve en ella la forma de dar salida a sus productos de forma satisfactoria.

González Martín establece que los mensajes publicitarios son el resultado de lo que él llama “programa creativo”. Se trata, en todo caso, de las respuestas que deben darse a preguntas tan importantes como qué hay

⁸⁶ Ortega, E. *La comunicación publicitaria*. Op. cit. Pág. 220.

que decir, cómo decirlo y dónde, y que se concretan para él en tres partes fundamentales⁸⁷.

La primera de ellas determina el posicionamiento, en ella se incluye tanto el segmento de mercado al que vamos a dirigirnos como la característica principal del producto o servicio que ofrecemos. Característica que será fundamental a la hora de determinar el contenido del mensaje.

Posteriormente, es necesario delimitar cuáles son los objetivos publicitarios: qué decir y cómo expresar lo que hemos seleccionado.

El tercer apartado de este trabajo creativo recoge las informaciones necesarias que, según el autor, se refieren a las necesidades del consumidor que el producto satisface, información sobre el propio producto, sus atributos y un análisis del mercado.

Encontramos de nuevo los distintos parámetros ya señalados por Joannis y Ortega en sus investigaciones, bien en determinados casos con otro nombre, o bien clasificados de distinta forma pero, en definitiva, toda una recopilación de información que se centra en el consumidor, el producto y el mercado, es decir, toda una base de datos que se deben proporcionar al creativo publicitario para dar con la idea apropiada para desarrollar el mensaje.

Así lo afirma González Martín: “el creativo precisa de toda la información necesaria relativa al caso que le ocupa, esa información la recibe en forma de estrategia creativa de la que tiene o, a partir de la que

⁸⁷ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 359.

tiene que fluir la idea global o gran idea que dramatice adecuadamente el atributo clave del producto que se anuncia, supeditando a esta idea los elementos aislables que finalmente la estructuren, de manera que se manifieste como un todo armónico y totalmente coherente”⁸⁸.

A pesar de que también habla de estrategia creativa, González Martín es partidario de lo que se llama *copy strat modernizado* o plan de trabajo creativo (PTC). Este incluye las pautas de la estrategia tradicional pero antes añade un resumen en el que se condensa la reflexión de márketing que nos explica la elección de dicha estrategia. De hecho, González Martín pone como ejemplo a seguir el plan de trabajo creativo de la agencia Young & Rubicam, que sería el siguiente⁸⁹:

- 1.- Hecho principal, es decir, el hecho del mercado en que se basa la reflexión.
- 2.- Principal problema de márketing que la empresa quiere resolver.
- 3.- Objetivo de comunicación: lo que debe hacer la publicidad para resolver el problema.
- 4.- Estrategia creativa.
- 5.- Requisitos de marca y producto.

Este autor comparte también el pensamiento de Joannis y Ortega, al afirmar que, de ser un documento del anunciante, ha pasado a convertirse en un documento de las agencias.

⁸⁸ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 364

⁸⁹ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 366.

Cabe destacar que, además de estos dos tipos de estrategias, existen tres tipos más: por un lado, la llamada *carta creativa* que comunica un universo de marca sin prueba racional y que se basa en la secuencia: blanco, objetivo, promesa inmaterial, imperativos. La *instrucción mínima* es utilizada en universos en los que todo pasa por un canal distinto al de las palabras y se formula con la secuencia blanco, objetivo, imperativos. Y, por último, cabe destacar la *star strategy*: busca convertir el producto en una estrella, para lo cual rechaza la formulación clásica de promesa, apoyo y tono. Su actuación se apoya en la hinchazón de los imperativos de la personalización y valor de la atención⁹⁰.

Joannis establece una categoría más dentro de las estrategias creativas: la *estrategia creativa de continuidad*⁹¹. Para este autor el resto de estrategias estudiadas parten de cero, es decir, inician desde el principio la campaña publicitaria por primera vez. Sin embargo, en la mayor parte de los casos en los que se trabaja, lo que se pide es la continuación de campañas existentes, es decir, encontrar nuevas formas de expresar lo dicho hasta el momento. Para ello, “se hace preciso delimitar a la vez los elementos de renovación y los elementos de continuidad que se juzguen necesarios”⁹².

Por tanto, la modificación de las instrucciones no es grande: la promesa sigue siendo la misma, así como la imagen de marca, el tono o los imperativos. Lo que cambia es la expresión creativa de la promesa y, en determinadas ocasiones, el blanco se retoca. En esta estrategia hay un elemento nuevo con respecto a los otros tipos: la “ficha de continuidad visual: la definición de códigos visuales que aseguran la continuidad y

⁹⁰ Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Op. cit. Pág. 90.

⁹¹ Ídem, pág. 93.

⁹² Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Op. cit. Pág. 93.

personalidad de la marca⁹³ y que engloba el marco, la naturaleza y su iluminación; el estilo de los accesorios; la naturaleza y personalidad de maniqués y actores; la naturaleza de los acontecimientos que ocurren en el papel, la pantalla...; la presentación del producto; la naturaleza de la firma, de la línea de cierre o plano final del producto y, los códigos estéticos del conjunto.

1.6.2. Filosofías creativas.

Para los diversos autores estudiados, la forma en que es posteriormente desarrollada la estrategia, nos permite conocer las llamadas filosofías creativas, presentes en los mercados publicitarios desde los años 50. Autores como González Martín o Enrique Ortega coinciden en los estudios sobre ellas, si bien también el primero es algo más exhaustivo en sus estudios.

González Martín señala un total de seis filosofías creativas que han surgido en el mundo publicitario europeo y americano⁹⁴.

La primera de ellas nace en los años 50 en Estados Unidos de la mano de Rosser Reeves y es conocida como *Proposición única de venta (U.P.S. o Unique Selling Proposition)*, filosofía a la que su propio autor definió como una “simplificación” para llegar al objetivo básico: aumentar los niveles de venta del producto⁹⁵.

⁹³ Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Op. cit. Pág. 94.

⁹⁴ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 368.

⁹⁵ Higgins, D. *El arte de escribir publicidad*. McGraw-Hill. México, 1.991. Pág. 119.

En esta filosofía creativa se establece que cada mensaje publicitario debe hacer una única proposición al consumidor. Propuesta que tiene que involucrar el beneficio específico del producto, debe ser única, es decir, no utilizada por la competencia y, además, ser lo suficientemente importante como para conseguir influir en el proceso de decisión de los consumidores o, lo que es lo mismo, provocar la venta. Una propuesta que debe basarse en una idea contenida en el producto, “el fabricante debe traerle al redactor un producto que merezca estar en el mercado y que tenga algo que le diferencia de los otros. Y esa diferencia, que será la idea sobre la que se basará la campaña es muy, pero que muy fácil de hallar”⁹⁶.

La segunda de las filosofías se desarrolla en los años 60 de la mano del publicitario David Ogilvy, también en los Estados Unidos. Se trata de la *Imagen de marca*. Para Ogilvy lo que va a marcar las posibilidades del producto en el mercado es la imagen de marca que éste tenga por encima de cualquier atributo que presente, lo cual hasta cierto punto es lógico, sobre todo si tenemos en cuenta que los productos son cada vez más parecidos y que muchos de ellos tienen una corta vida en el mercado.

Según las palabras de Ogilvy, “el fabricante que utiliza su publicidad para construir la imagen más favorable, la personalidad más claramente definida, es aquel que conseguirá la cuota más amplia de mercado con el máximo beneficio...a largo plazo(...). Intentamos crear personalidades claramente definidas para nuestras marcas y defendemos esas posibilidades año tras año”⁹⁷.

⁹⁶ Ídem, pág. 115.

⁹⁷ Ogilvy, D. *Anotaciones privadas de David Ogilvy*. Edt. Folio. Barcelona, 1.990. Pág. 88.

A Ogilvy debemos además un famoso decálogo sobre el que debe apoyarse la creación publicitaria y en el que recoge mandamientos como: “lo que se dice es más importante que cómo se dice; si la campaña no se crea con una gran idea, fracasará; hay que entregar hechos; usted no puede aburrir a los consumidores; nunca cree un anuncio que usted no quiera que su familia lea...”⁹⁸.

A Willian Berbach debemos la tercera de las filosofías americanas: el *Impacto emocional*. Frente a la importancia del contenido que se hace en las filosofías anteriores, el publicitario norteamericano reivindica la importancia de la expresión, hasta el punto de que ésta puede convertirse en contenido.

Berbach no comparte el pensamiento de Ogilvy sobre que lo que se dice es más importante que cómo se dice. Para Berbach, “la ejecución puede convertirse en contenido; puede ser tan importante como lo que se dice... un hombre enfermo puede balbucear unas palabras y no pasa nada; un hombre sano, vital, dice las mismas palabras y puede sacudir el mundo”⁹⁹.

Lo que busca este autor es una nueva fórmula para distinguirse de los demás con sencillez, un enfoque directo y simple y respetando a la audiencia. Así lo expresa Berbach: “nosotros necesitamos habilidad para motivar y persuadir al consumidor. Son dos elementos totalmente diferentes. Las desventajas de realizar todo matemáticamente, ya sea por investigación o por decreto es que, después de un tiempo, todos lo realizan del mismo modo”¹⁰⁰.

⁹⁸ Aakers y Myers. *Management de la publicidad*. Edt. Hispano Europea. Barcelona, 1.993. Pág. 255.

⁹⁹ Berbach, W. en “*Madison Avenue, USA*”, Nueva York: Pocket Book, 1.958. En *Management de la publicidad*. Op. cit. Pág. 257.

¹⁰⁰ Higgins, D. *El arte de escribir publicidad*. Op. cit. Pág. 16.

Este autor no es partidario de las normas y destaca, al igual que el resto de publicitarios, la importancia de la imaginación y de encontrar la “gran idea”: “mi disciplina estriba en que la idea resulte memorable, y por lo mismo debe ser novedosa y original, poner de manifiesto la ventaja de nuestro producto. Si mediante la ruptura de reglas se puede lograr ese objetivo, pues... ¡qué se rompan dichas reglas!”¹⁰¹.

Por último, la década de los 70 es testigo de una nueva filosofía americana en el mundo publicitario que, bajo el nombre de *Posicionamiento*, llega de la mano de Trout y Ries. Se trata de una nueva concepción estratégica, cuya idea básica reside en el hecho de que la publicidad debe ser utilizada para lograr un posicionamiento del producto en la mente del consumidor, de tal forma que cada vez que el consumidor deba solucionar un problema en el ámbito correspondiente piense en esa marca y producto concreto¹⁰².

David Aaker y John Myers resaltan un total de siete enfoques para desarrollar el posicionamiento, cada uno de ellos se irá ramificando en distintos tipos hasta un total de veintiocho fórmulas diferentes¹⁰³.

Cabe destacar, en este punto, las ideas de Joaquin Lorente quien aboga por una filosofía creativa que parece recoger los puntos básicos de Ogilvy, Berbach, Ries y Trout.

En primer término, este autor destaca que un producto no es nadie si no tiene una personalidad: “no se trata sólo de tener un buen producto o

¹⁰¹ Higgins, D. *El arte de escribir publicidad*. Op. cit. Pág. 22.

¹⁰² González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 370.

¹⁰³ Aakers y Myers. *Management de la publicidad*. Op. cit. Pág. 26.

concebir un impecable servicio. Se ha de presentar ante todos una buena personalidad pública”¹⁰⁴.

Lorente no se muestra demasiado confiado en la filosofía del posicionamiento, tal vez porque considera que es incompleta: “no solo hay que definir el posicionamiento, cómo queremos que se nos vea. Además, y desde el primer instante, es mejor definir la forma que mejor ayudará a que se nos vea así”¹⁰⁵.

Lorente da tanta importancia al fondo como a la forma y esa mezcla de ambos es lo que él llama la *personalidad pública del producto*. Se trata según este autor de “un puro ejercicio de definición primero y sistematización después, que podemos construir a nuestra entera libertad, apuntándonos todo el éxito o todo el fracaso”¹⁰⁶.

Esta filosofía aúna el qué se dice y el cómo se dice, sin perder nunca de vista la necesidad de fortalecer con ello la imagen de marca: “no compramos marcas o empresas. Compramos porque aceptamos su personalidad. A veces por un aspecto muy acentuado de su carácter: un beneficio o una ventaja concreta...”¹⁰⁷.

Volviendo de nuevo a los estudios de González Martín, este autor señala que, frente a las filosofías desarrolladas en Norteamérica, hay dos corrientes que se dan en el viejo continente, concretamente en Francia, representadas por H. Joannis y J. Ségéla.

¹⁰⁴ Lorente, J. *Casi todo lo que sé de publicidad*. Edt. Folio. Barcelona, 1.996. Pág. 16.

¹⁰⁵ Ídem, pág. 19

¹⁰⁶ Lorente, J. *Casi todo lo que sé de publicidad*. Op. cit. Pág. 20.

¹⁰⁷ Ídem, pág. 25.

Joannis da lugar al llamado *Menú de creación*. Este autor defiende o sitúa la creatividad publicitaria en el concepto de la evocación. La publicidad debe actuar sobre las motivaciones y los frenos del consumidor, por lo que será fundamental, en la elaboración de los mensajes, determinar el eje psicológico sobre el que éste debe moverse. Joannis se decanta por la vía indirecta de la evocación connotadora en sus mensajes, dejando de lado la expresión explícita de promesas y beneficios¹⁰⁸.

Por su parte, J. Ségéla sigue la filosofía del *Star-strategy* (que Joannis incluye dentro de los modelos de estrategia creativa). Lo que se busca en este caso es dar a la marca una personalidad tan espectacular que provoque en el consumidor una fascinación similar a la de las estrellas de cine. Para ello, Ségéla establece que la marca debe tener un físico o atributo material que le distinga del resto; un carácter, que le va a proporcionar la personalidad que le convierta en preferencia del consumidor y un estilo que será el modo de expresión de la marca¹⁰⁹. En palabras de Ortega “la comunicación del producto se convierte en espectáculo”¹¹⁰.

Ortega, por su parte, establece un total de cinco filosofías. Coincide con González Martín al señalar como tales la *Proposición única de venta*, la *Imagen de marca* y la *Star-strategy*. Sin embargo, habla también de la filosofía de *Los valores permanentes* y la *Filosofía de la transgresión*.

Con la primera se pretende vincular a la marca con beneficios o promesas de naturaleza abstracta y psicológica que están representados por valores o ideas de tipo moral, social, cultural... pero que tienen un carácter

¹⁰⁸ Joannis, H. *El proceso de creación publicitaria*. Deusto, Bilbao, 1.992. Pág. 20

¹⁰⁹ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 370.

¹¹⁰ Ortega, E. *La comunicación publicitaria*. Op. cit. Pág. 225.

universal e imperecedero, como es el caso de la amistad, el éxito... En muchos casos incluso desaparece toda alusión o presencia del producto y simplemente aparece o se nombra la marca¹¹¹.

Por su parte, la *Filosofía de la transgresión* busca romper con la indiferencia que el consumidor puede sentir hacia la publicidad y para ello rompe con todos los códigos publicitarios establecidos mostrando, en muchas ocasiones, lo desagradable de la vida. Como ejemplo nos sirve la publicidad realizada por Benetton¹¹².

Sin embargo, aún caben destacarse más filosofías, si seguimos los estudios de David Aaker y John Myers.

Así, estos autores establecen con Leo Burnett la filosofía del *Toque común* y afirman que “con el espíritu de proporcionar un toque simple, Burnett busca el drama inherente al producto, aquella característica que hizo que el fabricante lo hiciera y que hace que el consumidor lo compre”¹¹³.

El elemento fundamental es el producto. En palabras de Burnett el objetivo es “que no se tenga necesidad de recurrir a trucos, sino que el producto sea llamativo por sí mismo”¹¹⁴.

Se trata de una filosofía que consigue anuncios sencillos, comprensibles y fácilmente entendibles por el público.

¹¹¹ Ortega, E. *La comunicación publicitaria*. Op. cit. Pág. 222.

¹¹² Ídem, pág. 226.

¹¹³ Aaker y Myers. *Management de la publicidad*. Op. cit. Pág. 268.

¹¹⁴ Higgins, D. *El arte de escribir publicidad*. Op. cit. Pág. 44.

Aaker y Myers destacan dos filosofías más representadas por las agencias Young & Rubicam y por N.W. Ayer ABH International.

La primera, explicada en palabras de Alexander Kroll, destaca “la necesidad de una estrategia correcta, que sea creíble y tenga un drama en la que el producto sea un héroe. Consiste en hacerse amigo del producto, desarrollarlo y ser consecuente con su personalidad básica”¹¹⁵.

La segunda es la filosofía del “contacto humano”. Jerry Siano afirma que se trata de una filosofía “muy flexible, ya que esta agencia no trata de vender con un estilo determinado, sino mediante anuncios que resulten interesantes, creíbles, cálidos y humanos. Pueden ser emotivos o graciosos, nostálgicos o informativos pero, por encima de todo, humanos y directos, más que superficiales”¹¹⁶.

1.6.3. El proceso de creación.

Una vez establecida la estrategia comienza el proceso de creación propiamente dicho, que vendrá determinado en muchos puntos por la estrategia de la que el creativo no debe apartarse, tal y como establece Michel Badoc: “al contrario que el artista, el creativo publicitario nunca debe perder de vista que su creación no está destinada a sí mismo, sino a un público preciso con motivaciones propias y en el marco de una estrategia de marketing previamente definida”¹¹⁷.

¹¹⁵ Aaker y Myers. *Management de la publicidad*. Op. cit. Pág. 270.

¹¹⁶ Aaker y Myers. *Management de la publicidad*. Op. cit. Pág. 273.

¹¹⁷ Badoc, M. *Prólogo de El proceso de creación publicitario* de H. Joannis. Pág. 7.

Pero también es cierto que la buena creación publicitaria no es solo seguir las pautas de la estrategia o de cualquier otro tipo de datos.

Coincidimos con Badoc al afirmar que “la buena creación no depende únicamente de su preparación y de su integración en la estrategia publicitaria, sino también del talento creador de los artistas que la conciben. Sin ese rasgo genial, la creación corre el peligro de no tener suficiente fuerza persuasiva y de permanecer indiferente para el público objetivo para el que ha sido concebida”¹¹⁸.

Este autor se refiere en su afirmación a la fuerza persuasiva que el mensaje publicitario debe incluir que, además, es imprescindible para lograr el efecto deseado. Se trata de un elemento que debemos tener en cuenta cuando entramos de lleno en la elaboración del mensaje publicitario, tarea que forma parte estrictamente de los cometidos de la agencia

Es necesario, en este punto, recordar las investigaciones de Vidal Silva. Definía la creatividad publicitaria afirmando que “engloba todas aquellas tareas relacionadas con la elaboración de los mensajes publicitarios tendentes al logro de los efectos que la publicidad pretende, efectos de naturaleza persuasiva conducentes a la acción del receptor, intención ésta que desencadena la acción publicitaria”¹¹⁹.

Para Vidal Silva, el término creatividad engloba dos nociones. El primero referido a las tareas globales que incluía trabajos relacionados con el marketing y la estrategia, que son los investigados en las líneas

¹¹⁸ Badoc, M. Prólogo de *El proceso de creación publicitaria* de H. Joannis. Op. cit. Pág. 8

¹¹⁹ Vidal Silva, P. *Diccionario de Ciencias y Técnicas de la Comunicación*. Op. cit. Pág. 292.

precedentes y, una segunda noción que se restringe exclusivamente al dominio de la elaboración de los mensaje, punto éste que estudiamos a continuación.

Vidal Silva recuerda, al igual que Michel Badoc, que la comunicación publicitaria sostiene un discurso persuasivo y considera, al igual que defiende González Martín, que la retórica aristotélica sigue siendo válida para determinar la estructura o las pautas a seguir en la elaboración de las creaciones publicitarias¹²⁰. Es decir, la metodología a seguir, según estos autores, en la elaboración de mensajes publicitarios es la de la retórica de Aristóteles con sus cuatro pasos fundamentales pero, evidentemente aplicados, en este caso, a la creación.

El primero corresponde a la determinación del contenido del mensaje y la búsqueda de los argumentos publicitarios que deben satisfacer los requisitos de la estrategia previamente establecida.

Una segunda fase nos lleva a la organización de dicha idea en un tipo de estructura particular, determinada por el contexto en que debe desarrollarse y por la función que se asigna al mensaje. Aplicado a la publicidad, se habla de cuatro tipos de estructura que explican de este modo González Martín y Vidal Silva¹²¹:

- *Clincher*: su cometido es reclamar la atención, ya sea con los titulares del anuncio o con las imágenes que contiene.

¹²⁰ Ídem, Pág. 293.

¹²¹ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 371.

- *Presentación*: con ella se da a conocer, se muestra o se describe el producto.

- *Argumentación*: que corresponde a la promesa o beneficio del producto, o bien al argumento central sea éste racional o emocional.

- *Petición*: en ella se trata de solicitar, bien directa o indirectamente, la compra del producto por parte del consumidor.

La tercera etapa tiene el cometido de traducir esa idea, con su estructura, a imágenes y palabras concretas. Es decir, traducir la idea a un conjunto de códigos que permitan la difusión en los distintos medios de comunicación. Para Vidal Silva “es aquí donde reside, según ciertas concepciones, la esencia de la creatividad publicitaria”¹²².

La última etapa se refiere a la producción material de los mensajes, coincidiendo con la fase de realización.

González Martín reconoce, sin embargo, que “si bien la descripción de la actividad creativa en publicidad responde a este esquema, el punto de vista de los profesionales varía en la agrupación y organización de las distintas etapas y tareas que ello implica”¹²³.

Este autor establece que, una vez conocidas las pautas de la estrategia, los profesionales buscan esa “gran idea” que les permita expresar de forma interesante el contenido siguiendo fórmulas diversas, pero siempre cumpliendo una serie de funciones específicas como que la idea debe ayudar a comunicar el contenido del mensaje, debe atraer la atención de los

¹²² Vidal Silva, P. *Diccionario de ciencias y técnicas de la comunicación*. Op. cit. Pág. 294.

¹²³ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 371.

consumidores a los que se dirige; debe dejar claro cual es el beneficio que proporciona el producto, a la vez que lo hace comprensible y hace creíble la promesa del anuncio; tiene que ser una idea única, que permita distinguirse del resto de competidores; tiene que convertir el producto en el héroe del anuncio y simplificar la comunicación de manera que resulte clara y sencilla¹²⁴.

Si bien la retórica aristotélica sirve de base para la elaboración de los mensajes, según la directrices de los autores estudiados, otros, como es el caso de Enrique Ortega y, sobre todo, H. Joannis, establecen todo un proceso de creación más amplio para conseguir la eficacia de la creatividad y, por ende, de la publicidad.

Hemos estudiado la estrategia creativa defendida por Joannis, un elemento que considera imprescindible para una buena creación, una fuente de información precisa para los creativos y que además evita una serie de riesgos: “si se tiene una estrategia clara, no se verá uno tentado a partir de una dirección estética seductora pero ajena al objetivo. Si se tiene una estrategia clara, se va a disponer de criterios para juzgar los frutos de la imaginación de los creativos”¹²⁵.

Para Joannis hay tres conceptos clave, se trata de los elementos de creación: el eje psicológico, la creación del concepto de comunicación y la construcción del manifiesto publicitario. Tres conceptos que sirven a modo de recopilación de la estrategia y nos servirán de introducción para la elaboración de la campaña.

¹²⁴ González Martín, J.A. *Teoría General de la Publicidad*, Op. cit. Pág. 373.

¹²⁵ Joannis, H. *El proceso de creación publicitaria*, Op. cit. Pág. 18.

Sin embargo, antes de entrar en ellos, Joannis considera que hay que tener en cuenta un serie de nociones fundamentales por una sencilla razón y es que el mensaje no puede ser la traducción literal de la estrategia: “los creativos tendrán que aceptar un concepto clave que dé a la creación publicitaria su eficacia cuando el terreno esté demasiado saturado y la promesa es demasiado trivial. Es el salto creativo”¹²⁶.

Ese salto creativo será una de las nociones fundamentales a tener en cuenta junto con otras seis¹²⁷:

1.- *Multiplicidad de actores creativos*: hay que tener en cuenta que son varias las personas que influyen en todo el proceso. La estrategia o instrucciones de creación son elaboradas por la empresa o el anunciante, dicho trabajo es entregado a los creativos, que lo utilizan como punto de partida para crear los primeros proyectos de la campaña. Esos proyectos vuelven a los estrategas, quienes deberán elegir, entre todos ellos, el definitivo. Y éste será el que se entregue al equipo encargado de realizarlo. Es decir, se trata de un continuo ir y venir, que no permite errores o pérdidas de información.

2.- *Una lógica artística invertida*: afirma Joannis “la creación profesional no es, en principio, la expresión del creador, sino la expresión de la naturaleza de un producto, la expresión de la personalidad de una marca. El arte del creador profesional es el del actor de teatro (...). No es el autor de la obra, la toma como punto de partida para darle una vida y un colorido que sin él no existirían”¹²⁸.

¹²⁶ Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Op. cit. Pág. 97.

¹²⁷ Ídem, pág. 101.

¹²⁸ Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Op. cit. Pág. 103.

A lo que se refiere el autor es a que el creativo recibe unas pautas, unos criterios que le vienen de fuera y, sobre ellos debe trabajar. No se trata de crear desde el interior de uno mismo, como es lo habitual sino que “el punto de partida de la creación consiste en salir de uno mismo e ir desde fuera -las instrucciones creativas- hacia dentro -la inspiración y la intuición creativas-”¹²⁹.

3.- *Conceptos directos e indirectos*: los creativos reciben la promesa que deben transmitir de la estrategia y ésta podrá ser expresada directamente a través de conceptos directos, o bien indirectamente por medio de conceptos inducidos, aquellos que hacen pensar la promesa al consumidor por medio de un concepto indirecto que induzca la idea que se quiere comunicar; o de conceptos connotados: hacen sentir la promesa por medio de elementos no verbales que crean en el consumidor el sentimiento que quiere comunicarse.

El fondo del mensaje, lo que éste quiere comunicar, se refiere a la promesa: ventaja del producto o beneficio del consumidor, que puede ser material o inmaterial. Los conceptos creativos afectan a la forma del mensaje: cómo vamos a transmitir lo que queremos decir.

4.- *El salto creativo*: se trata de un concepto creado por Jean Marie Dru “la idea no se limita a ser expresión literal de la estrategia. No se detiene ahí. Lleva sobre sus hombros una ruptura, una invención, un salto en relación con la estrategia. De aquí la expresión salto creativo. El salto mide la distancia que va desde la estrategia a la idea”¹³⁰.

¹²⁹ Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Op. cit. Pág. 104.

¹³⁰ Dru, J.M. *Disrupción. Desafiar los convencionalismos, estimular el mercado*. Edt. Edesma & Celeste Ediciones. Madrid: 1.997. Pág. 32.

Se trata, en definitiva, de dar una nueva visión del producto, de dar una nueva forma a la idea, ésta permanece, pero la forma en que se muestra va cambiando. Afirma de nuevo J.M. Dru: “el salto creativo va más lejos. Nos proporciona una nueva forma de mirar el producto y de hablar sobre él. Acabamos en otro lugar sin saber con exactitud cómo hemos llegado hasta allí. Algo a lo que nunca habíamos prestado atención desencadena súbitamente una nueva forma de pensar, y la idea se adhiere”¹³¹.

Joannis también tiene su propia definición del salto creativo: “se trata de alejarse aparentemente de la estrategia de creación haciendo pensar y sentir a la audiencia útil lo que las instrucciones creativas se proponen”¹³².

Los conceptos indirectos, inducidos y connotados son los principales instrumentos del salto creativo, cuya aplicación dependerá de factores como la edad del mercado, la importancia de la novedad que conlleve el producto, las características distintivas que éste presente, la promesa y el posicionamiento.

5.- *Concepto de campaña y competencia*: la creación publicitaria se ve también influida por el resto de productos que imperan en el mercado en el sentido de que, a la hora de elegir el concepto de campaña, deberá tener en cuenta la fuerza de las marcas de la competencia así como la ocupación de los posicionamientos.

6.- *Dominio del tiempo*: se trata de ser consciente del tiempo de que disponemos para comunicarnos con el cliente potencial, un tiempo que se

¹³¹ Dru, J.M. *Disrupción. Desafiar los convencionalismos y estimular el mercado*. Op. cit. Pág. 32.

¹³² Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Op. cit. Pág. 109.

mide en segundos y que, en el caso de los medios impresos, no suele sobrepasar los dos o tres.

7.- *La comunicación visual*: Joannis afirma que “pensar en imágenes y después en palabras: esa es la gimnasia del creador publicitario”¹³³. Así es la comunicación publicitaria: visual, y a ello debe atenerse el creativo.

Decíamos que Joannis considera que hay tres elementos de creación: el eje psicológico, el concepto de comunicación y la construcción del manifiesto publicitario. Se trata de tres factores desarrollados también por Ortega.

Ambos autores coinciden en señalar que si la estrategia creativa es completa, este eje habrá sido delimitado y definido a la hora de elegir la promesa que vamos a desarrollar. El eje psicológico o, simplemente, eje del mensaje, como lo denomina Ortega, es definido por este autor como el “elemento de los mecanismos de compra, comportamientos y actitudes del consumidor sobre el que puede actuar la acción publicitaria para conseguir el efecto deseado por el anunciante”¹³⁴.

La elección del eje se hace a través de un profundo conocimiento de las motivaciones y frenos de los consumidores, es decir, una vez que conocemos sus motivaciones, sus actitudes y sus necesidades, podemos deducir el efecto psicológico que se busca, pudiendo ser una actitud que queremos modificar, un prejuicio que queremos atacar.... Según Joannis “la

¹³³ Joannis, H. *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Op. cit. Pág. 120.

¹³⁴ Ortega, E. *La comunicación publicitaria*. Op. cit. Pág. 232

elección del eje descansa en una noción de conflicto, ya que la compra de un producto satisface unas necesidades pero va en contra de otras”¹³⁵.

Este autor establece también los criterios a seguir en la elección del eje: que sea poderoso y, si es posible, que no haya sido explotado; que esté ligado a una característica distintiva del producto y que responda a la verdad del producto.

Por su parte, Ortega establece que los criterios para llegar a delimitar el eje del mensaje son seis¹³⁶:

- . Criterio de universalidad: se trata de elegir una satisfacción o un freno que exista en la mayoría de los consumidores.

- . Criterio de fuerza: la satisfacción o el freno elegido deberá ser lo suficientemente fuerte como para conseguir el comportamiento que perseguimos en el consumidor.

- . Criterio de inocuidad: una satisfacción o freno que no origine temores o inhibiciones.

- . Criterio de polivalencia: es mejor elegir un eje que nos permita explotar varias satisfacciones.

- . Criterio de originalidad: mejor que solo sea usado por un anunciante.

- . Criterio de vulnerabilidad: satisfacciones o frenos que sea posible modificar fácilmente.

El segundo de los elementos de creación es el concepto de comunicación. En palabras de Ortega: “la idea que el anunciante pretende

¹³⁵ Joannis, H. *El proceso de creación publicitaria*. Op. cit. Pág. 22.

¹³⁶ Ortega, E. *La comunicación publicitaria*. Op. cit. Pág. 233.

hacer llegar al público objetivo. Trata de evocar la satisfacción que expresa el eje del mensaje en el consumidor a través de una frase, una imagen, un sonido o una combinación de estos elementos”¹³⁷.

En palabras de Joannis “el concepto de comunicación tiene por misión representar de forma concreta, específica y creíble la satisfacción seleccionada por el eje”¹³⁸.

Para ambos autores el concepto de comunicación puede desarrollarse de un modo directo o indirecto, a través de los conceptos creativos ya mencionados.

Por lo que respecta a la construcción del manifiesto publicitario, Joannis afirma que es la “fase de creación artística”, es decir, partiendo del concepto que quiero comunicar lo que hago es construir el primer mensaje publicitario, que será el punto de partida para toda la campaña. Ortega lo denomina esquema de transmisión: “formado por el conjunto de imágenes, palabras, símbolos, colores y sonidos que, combinados convenientemente, deben transmitir con eficacia el concepto deseado por el anunciante”¹³⁹.

Joannis establece que la secuencia en la que se desarrollan estos tres elementos no tiene por qué ser lineal y que muchas veces se entremezclan o se dan de forma simultánea. Estos tres elementos son los que se combinan durante la elaboración del mensaje publicitario y en cada una de esas fases se desarrollan las distintas partes de la concepción. En palabras de Joannis,

¹³⁷ Ortega, E. *La comunicación publicitaria*. Op. cit. Pág. 234.

¹³⁸ Joannis, H. *El proceso de creación publicitaria*. Op. cit. pág. 23.

¹³⁹ Ortega, E. *La comunicación publicitaria*. Op. cit. Pág. 236.

se trata de “determinar la estructura general del mensaje, encontrar el mensaje fuerte y sintonizar el mensaje con el público objetivo”¹⁴⁰.

Para este autor hay tres estructuras tipo para el mensaje. La primera estaría conformada por los “mensajes producto”, donde lo fundamental es la representación del mismo; otra categoría sería el “mensaje resultado” y la tercera, el “mensaje universo”, se mueve en torno a ese universo simbólico en el que se sitúa la marca.

Junto a ello será preciso dar fuerza al mensaje sobre todo cuando nuestra campaña tenga como protagonista un producto o un servicio que no tiene gran importancia para la vida del consumidor, en estos caso hay que aplicar la “creatividad”, tal y como afirma Joannis.

La solución para tales casos la revela el autor siguiendo dos caminos: por un lado el de la “creatividad estratégica”, es decir, ser originales en la forma de dirigirnos al mercado; por otro, ser originales en la forma de expresarnos o, como lo denomina Joannis, aplicando la “creatividad de expresión”.

Dentro de la llamada “creatividad estratégica”, se señalan dos caminos: la búsqueda de un segmento de público original al que ningún otro competidor se haya dirigido y, la búsqueda de un posicionamiento original todavía inexplorado, es decir una motivación de compra que ningún contrario haya utilizado¹⁴¹.

¹⁴⁰ Joannis, H. *El proceso de creación publicitaria*. Op. cit. pág. 33.

¹⁴¹ Joannis, H. *El proceso de creación publicitaria*. Op. cit. Pág. 60.

En caso de que tengamos una estrategia que no podamos modificar y un eje que no sea original la solución, según Joannis, está en “expresar una satisfacción con mayor fuerza que la competencia”¹⁴² y eso se consigue con la creatividad expresiva, en la que el autor señala un total de nueve procedimientos que pueden ayudarnos en la realización del mensaje: la bisección simbolizadora, la hiperbolización simpática, la personalización significativa, la referencia inesperada, el concepto a contrapelo, la reserva espectacular, la realización a contracorriente, la transfiguración cualitativa y el suspense diferido.

Para ordenar todo lo dicho, podemos decir que Joannis concibe la creatividad publicitaria como un enorme proceso en el que hay tres etapas fundamentales: la definición del eje psicológico, en la que se determina la estructura del mensaje y se analiza la fuerza que éste tiene; la elaboración del concepto de comunicación, en la que se define si es preciso echar mano de la creatividad estratégica o expresiva y, la construcción del manifiesto publicitario, en la que debemos estudiar si ese mensaje va a sintonizar con el público objetivo, analizando si lo comprende, si se corresponde con sus normas estéticas y si ofende sus normas morales.

Por su parte, Ortega, al hablar de esa tercera fase, a la que nombra como “esquema de transmisión”, relata los estilos publicitarios que pueden utilizarse en la elaboración del mensaje, enumerando hasta un total de cuarenta y uno, entre los que se encuentran el informativo-instructivo, el afectivo-emotivo, el humorístico, fantástico, testimonial, seriado, basado en animales....¹⁴³

¹⁴² Ídem, pág. 63.

¹⁴³ Ortega, E. *La comunicación publicitaria*. Op. cit. Pág. 240.

Si bien puede parecernos que, a pesar de ser un proceso largo, la creación es fácil, la respuesta es todo lo contrario. Hay que encontrar esa gran idea que nos permita expresar mejor que nadie el contenido de todo este proceso, de la forma más original y novedosa posible. Joannis ya hablaba de la necesidad de imaginación, así como Michel Badoc o el propio González Martín. No hay fórmulas mágicas, aunque los autores reconozcan la existencia de determinados recursos que pueden funcionar en publicidad y que, de hecho, han funcionado en repetidas ocasiones.

González Martín establece también una serie de recursos utilizados repetidamente en publicidad para elaborar y expresar el mensaje, de la misma manera que hizo Joannis, e incluso coinciden en algunos. En determinadas ocasiones sólo es el nombre el que cambia, siendo el contenido del recurso el mismo. Así, González Martín señala el uso de personajes, mostrar el uso del producto, demostraciones, situaciones exageradas, solución de problemas, analogías y asociaciones y situaciones de la vida cotidiana. No se trata de fórmulas puras sino que muchas veces las encontramos entremezcladas entre sí, y se aplican por medio de técnicas como el humor, la comparación, las analogías, el uso del dibujo, del color o el blanco y negro, entre otras¹⁴⁴.

Otro ejemplo de caminos creativos a seguir nos los da el publicitario Luis Bassat, quien señala un total de diez recursos que funcionan en publicidad: el problema/solución, la demostración, la comparación, el testimonial, la analogía, el símbolo visual, el presentador, trozos de vida, trozos de cine y la música¹⁴⁵.

¹⁴⁴ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 374.

¹⁴⁵ Bassat, L. *El libro rojo de la publicidad*. Edt. Folio. Barcelona, 1.994: pág. 98.

1.6.4 La “gran idea” publicitaria.

Comenzábamos afirmando que el término creatividad engloba contenidos distintos para académicos y publicitarios. Los primeros hablan de un proceso que se desarrolla teniendo como base la investigación, de una serie de fases que hay que tener en cuenta y que hay que ir cumpliendo para llegar a ese anuncio que nos permitirá ser recordados y, sobre todo, vender. Parece como si se tratara de una simple fórmula matemática que, resolviéndose paso a paso, nos lleva al resultado deseado.

Pero hasta ahora poco hemos hablado de la “gran idea” a la que aluden los publicitarios y que supone esa vuelta de tuerca que permitirá que todos esos datos acumulados en la estrategia tomen forma y consigan su expresión. Esa “gran idea” que nos permita solucionar problemas que se plantean: “detrás de toda publicidad se encuentra un concepto creativo, una Gran Idea que hace que el mensaje sea diferente, capte la atención y pueda recordarse”¹⁴⁶.

Se trata de realizar algo original, de buscar una idea que comunique el contenido del mensaje, atraiga a los lectores, clarifique el beneficio y diferencie a nuestro producto de la competencia. Son palabras de González Martín, para quien esa idea puede nacer de la aplicación de *técnicas de creatividad organizadas* nacidas en el mundo de la psicología, tales como las técnicas asociativas, analógicas y combinatorias¹⁴⁷, de las que ya hablamos en páginas anteriores. Ideas que, según este autor, deberán luego

¹⁴⁶ Wells, W; Burnett, J; Moriarty, S. *Publicidad. Principios y prácticas*. Prentice Hall. Mexico, 1.996: pág. 489.

¹⁴⁷ González Martín, J.A. *Teoría general de la publicidad*. Op. cit. Pág. 373.

ser seleccionadas siguiendo criterios tales como la originalidad, credibilidad, poder de convicción o la estimulación de la conducta.

Anne Marie Barry establece que un anuncio brillante debe lograr un fuerte impacto y, para ello “debe basarse en una gran idea que pueda soportar la prueba del tiempo y adaptarse a los intereses y los estilos de vida del hombre moderno”¹⁴⁸.

La búsqueda de la idea es quizás lo más difícil en todo el proceso de creación, tal vez porque es aquí donde no existen reglas, fórmulas y pautas a seguir, es esta fase de ideación la de la creatividad publicitaria propiamente dicha tal y como afirma Lorente: “es un trabajo donde la intuición, el bagaje profesional, el rigor mezclado con las neuronas disparatadas, hace que unos profesionales produzcan resultados absolutamente diferentes a otros. Es lo que hace unos años llamamos todos creatividad. Afortunadamente, no hay más reglas que las que marca la capacidad del cerebro de quienes hacen el trabajo. De lo contrario todos seríamos aburridamente iguales”¹⁴⁹.

El propio Ogilvy establece la importancia de esa idea central en cada anuncio: “mi linterna mágica original empezaba afirmando que conseguir una posición y una promesa adecuadas bastaban para tener ganada la mitad de la batalla. Todos ustedes aceptaron esas afirmaciones y obraron en consecuencia. Pero otro dispositivo de mi vieja y querida linterna afirma que a menos que tu anuncio contenga una gran idea, pasará tan desapercibido como un barco en la noche”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Barry, Anne M. *El portafolio creativo del publicista*. McGraw-Hill. México, 1.992. Pág. 27.

¹⁴⁹ Lorente, J. *Casi todo lo que sé de publicidad*. Op. cit. Pág. 28.

¹⁵⁰ Ogilvy, D. *Anotaciones privadas de D.O.* Op. cit. Pág. 52.

Se trata de la parte más complicada de ese proceso de creación ya que son muchas las dificultades que se plantean. Necesidad de muchas ideas, saber discernir entre buenas y malas y elegir la mejor, la que refleje todas las pretensiones especificadas en la estrategia.

Es una fase de gran producción y desconcierto que no puede enseñarse, no hay tratados ni libros que digan cómo se descubre la mejor idea publicitaria. Sin embargo, muchos publicitarios, aun estando de acuerdo con ello, reconocen que “la creatividad es una forma especial para resolver problemas y todos nacemos con talento para ese área”¹⁵¹.

Aparece la persona del creativo, a quien corresponde, en la mayoría de los casos, la elaboración y ejecución de la idea en un primer boceto. Personas que deben tener una serie de características como la curiosidad por saber, imaginación o espíritu crítico, como afirma Barry¹⁵². A ello hay que añadir un profundo conocimiento de las personas y del mundo que les rodea, tal y como afirma Lorente: “un publicitario no puede encasillar la vida en las dioptrías de su miopía. A veces tiene que ver con el largo alcance de las ilusiones, a través de un marco cargado de razones, a veces de color rosa y otras en todos los colores reales como la vida misma (...). Porque la formación de un publicitario es un mundo complejo, pero que necesariamente pasa por la calle”¹⁵³.

Para Webb Young “hay cualidades que van más allá de cualquier conocimiento de las meras técnicas y procesos de la publicidad. Por ejemplo, la clarividencia, la sintonía emocional con el público, la intuición

¹⁵¹ Wells, W; Burnett, J; Moriarty, S. *Publicidad. Principios y prácticas*. Op. cit. Pág. 494.

¹⁵² Barry, Anne M. *El portafolio creativo del publicista*. Op. cit. Pág. 24.

¹⁵³ Lorente, J. *Casi todo lo que sé de publicidad*. Op. cit. Pág. 11.

disciplinada y el simple sentido común combinadas, además, con la imaginación comercial del que sabe tomar riesgos”¹⁵⁴.

Se trata de características que nos recuerdan en muchos puntos a las establecidas por los psicólogos americanos de mediados de siglo cuando realizaban sus investigaciones sobre la personalidad creativa.

Todas esas características son las que ayudan a encontrar esa idea creativa que para Wells, Burnett y Moriarty supone “un cambio de mente. En lugar de ver lo que es obvio, una idea creativa ve algo de manera diferente, desde un ángulo distinto”¹⁵⁵.

La importancia del trabajo realizado por los creativos es destacado también por David Ogilvy. Reconoce que a ellos no les corresponde el monopolio de las buenas ideas pero, también afirma que “el creativo es quien se encarga de fabricar el producto del que depende toda la estructura de nuestro negocio. A menos que el creativo produzca grandes anuncios, el resto de gente que trabaja en la publicidad ya puede ir haciendo las maletas y volver a sus casas”¹⁵⁶.

De nada sirven todas las investigaciones, trabajos y desvelos si nuestro producto no puede mostrarse tras una gran idea que provoque los deseos de compra en el consumidor, una gran idea que tiene su fundamento en el inconsciente de cada persona: “las grandes ideas proceden del inconsciente. Esto es cierto tanto en el arte y la ciencia como en la publicidad. Pero el inconsciente tiene que estar bien informado para que la

¹⁵⁴ Webb Young, J. *Cómo hacerse publicitario*. Edt. Eresma. Madrid, 1.980: pág. 15.

¹⁵⁵ Wells, W; Burnett, J; Moriarty, S. *Publicidad. Principios y prácticas*. Op. cit. Pág. 494

¹⁵⁶ Ogilvy, D. *Anotaciones privadas de D.O.* Op. cit. Pág. 82.

idea sea pertinente (...). Si deja vía libre al inconsciente, cuando menos se lo espere aflorará en su mente una gran idea”¹⁵⁷.

Pero a pesar de todo ello, los profesionales de la publicidad también reconocen la importancia de la investigación y su necesidad en el mundo publicitario.

Sin información sobre el producto, los consumidores o la competencia, será imposible que logremos una gran idea que convenza al público al que nos dirigimos. Lorente lo expresa con la siguiente afirmación: “la fase de recibir información sobre la marca que se ha de anunciar y el entorno en que se va a mover por la vida (...), es fundamental para después sentarse a crear”¹⁵⁸.

Sólo después de la investigación y recopilación de datos llega la creación propiamente dicha, el momento de la creatividad publicitaria en su sentido más concreto.

James Webb Young afirmaba en la década de los años 30 que “todos los publicitarios verdaderamente creativos que yo he conocido han reunido siempre dos características destacables: primera, no había bajo el sol ninguna materia en la que no pudieran fácilmente sentirse interesados; segunda, eran grandes pacedores en toda suerte de campos. A estos efectos, con el publicitario ocurre como con la vaca: si no pace no da leche”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Ogilvy, D. *Ogilvy & la publicidad*. Edt. Folio. Barcelona, 1.994: pág. 16.

¹⁵⁸ Lorente, J. *Casi todo lo que sé de publicidad*. Op. cit. Pág. 41

¹⁵⁹ Webb Young, J. *Cómo hacerse publicitario*. Op. cit. Pág. 21.

Los grandes publicitarios reconocen la necesidad de la investigación pero sin englobarla dentro de unos parámetros tan “medidos” o de un documento tan exacto como es la estrategia.

Ya a finales del pasado siglo, cuando Claude Hopkins inicia su actividad en el mundo de la publicidad, se reconoce y reconoce este autor la necesidad de la investigación dentro de la “ciencia de la venta”, tal y como él la define: “la publicidad es la ciencia de vender: sus principios son los principios de la venta. Los éxitos y fracasos en ambas actividades se deben a las mismas causas”¹⁶⁰.

Este autor establece una serie de principios que considera inamovibles en el mundo de la publicidad y que deben cumplirse a rajatabla si se quiere obtener resultados satisfactorios. Para ello es fundamental conocer el producto y, sobre todo, al público, sus motivaciones, necesidades, deseos..., y ahí reside para Hopkins el quid de la cuestión.

El conocimiento de la psicología humana es cuestión destacada también por James Webb Young quien establece que “...la publicidad, correctamente vista, trata siempre de personas. Y de cómo usar palabras e imágenes para persuadir a la gente a que haga cosas, sienta cosas y crea cosas. Gente maravillosa, racional e irracional. Trata de sus esperanzas, deseos, sus gustos, sus fantasías, sus anhelos secretos, sus secretos, sus tabúes. O, en lenguaje académico, de cosas tales como filosofía, antropología, sociología, psicología y economía”¹⁶¹.

¹⁶⁰ Hopkins, C. *Publicidad científica*. McGraw-Hill. México, 1.992. Pág. 173.

¹⁶¹ Webb Young, J. *Cómo hacerse publicitario*. Op. cit. Pág. 11.

Esa localización y estudio del blanco, que se destaca en todos los tipos de estrategias creativas vistas, son el punto central del mundo de la publicidad para los grandes creadores de piezas publicitarias.

Será este conocimiento de la naturaleza humana, quizá lo más importante en el mundo de la venta. Hay que hablar a las personas, no a una masa de gente, sino a individuos que saben perfectamente lo que quieren y en que gastan su dinero, por ello no podemos obligarles a comprar sino que hay que ofrecer un servicio.

Hopkins lo denomina altruismo comercial: ofrecer un servicio extra, algo que los demás no pueden darle: “la gente a la que usted se dirige es egoísta como lo somos todos nosotros. No les importa su interés ni utilidad, y buscan el servicio para ellos mismos. Ignorar ese hecho es un error común y muy costoso en publicidad(...). El buen vendedor no solo pregona un nombre. No dice compre mi producto. Mas bien, exhibe el servicio que brinda para satisfacer las necesidades del cliente, hasta que el resultado natural sea vender”¹⁶².

Estos dos autores, probablemente los precursores de la publicidad moderna, establecieron, desde principios de este siglo, la necesidad de conocer todo lo que rodea a la actividad publicitaria, no solo el producto y el consumidor, sino también los medios, la competencia o los distribuidores.

Para ambos, y todos los que bebieron posteriormente de sus investigaciones y trabajos, sólo el conocimiento de lo que rodea a esta labor es lo que da lugar a un anuncio que tocará en la conciencia de las personas y

¹⁶² Hopkins, C. *Publicidad científica*. Op. cit. Pág. 177.

les hará desear el producto. Es lo que convertirá nuestro anuncio en la expresión total del producto y la marca, en la expresión de una idea global que recoja toda la información que el consumidor precisa para llegar a la compra.

Una idea que debe ser creativa en el sentido de original. En palabras de Wells, Burnett y Moriarty: “una idea en publicidad se considera creativa cuando es innovadora, fresca, inesperada y poco común. Original significa siempre único en su género. Cualquier idea puede parecer creativa si nunca antes había pensado en ella, pero la esencia de una idea creativa es que nadie más haya pensado en ella”¹⁶³.

Consideramos, por tanto, que la creatividad publicitaria se refiere fundamentalmente a esa búsqueda y consecución de una idea original que se verá posteriormente plasmada en un anuncio publicitario. Hay un amplio proceso de creación, donde el trabajo de investigación es fundamental para el desarrollo de las buenas ideas, pero estamos con los grandes publicitarios al afirmar que sólo una parte de todo este proceso, el que corresponde al creativo o al departamento creativo, se engloba de forma concreta bajo el concepto de creatividad publicitaria.

Afirmamos, al hablar de los estudios en el mundo de la psicología, que la creatividad era una capacidad humana para resolver problemas, y consideramos que eso también es lo aplicable al mundo publicitario. Es la capacidad de unos hombres para resolver los problemas planteados sobre un producto o servicio estudiado y conocido que han de presentar ante una audiencia de un modo original y único. No cabe originalidad a la hora de

¹⁶³ Wells, W; Burnett, J; Moriarty, S. *Publicidad. Principios y prácticas*. Op. cit. Pág. 491.

delimitar a un grupo de consumidores o al estudiar sus motivaciones o deseos, al estudiar a los competidores. Pero si cabe la innovación en la forma en que se presenta al público un producto, en cómo se cuenta lo que se sabe al consumidor y esa innovación es lo que consideramos creatividad publicitaria.

En palabras de Clemente Ferrer: “la creatividad de los publicitarios es la única dimensión capaz de asegurar que un anuncio interese a los receptores”¹⁶⁴.

Entendemos de esta manera la creatividad, es decir, como una idea de los creativos que se expresa a través de los anuncios publicitarios, una “idea vendedora” tal y como la denomina Tony Harrison¹⁶⁵. Asumimos además, tal y como hacen muchos autores, que esos anuncios constituyen una obra de arte: “los spots publicitarios son unas pequeñas obras de arte que en un tiempo muy corto (...) narran una historia completa para anunciar todo tipo de ideas y de productos”¹⁶⁶.

Luis Bassat lo afirma con las siguientes palabras: “en la cuerda floja del mercado, sólo el equilibrio entre la ciencia y el arte, entre investigación y creación, nos permite avanzar superando los riesgos de caer en el precipicio”¹⁶⁷.

La fase creativa de la publicidad tiene parte de proceso lógico pero, tal y como expresaban los distintos autores que la han estudiado y hemos

¹⁶⁴ Ferrer Roselló, C. *Nada se escapa a la publicidad*. Edimarco. Madrid, 1.995: pág. 20.

¹⁶⁵ Harrison, T. *Manual de técnicas de publicidad*. Deusto. Bilbao, 1.993: págs. 99 y ss.

¹⁶⁶ Ferrer Roselló, C. *Nada se escapa a la publicidad*. Op. cit. Pág. 152.

¹⁶⁷ Bassat, L. *El libro rojo de la publicidad*. Op. cit. Pág. 13.

analizado, es algo más; es sobre todo ideación y elaboración de una nueva realidad, y ese reducir la creatividad a la elaboración de la campaña queda también reflejado en la Ley General de Publicidad, que define el contrato de creación como “aquel por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario”.

La propia Ley de Publicidad deja claro que lo importante en el terreno creativo no es la investigación sobre el consumidor, el producto o el mercado; sobre ellos no cabe originalidad alguna, pero si en la forma en que es expresado al exterior, ahí es donde reside lo innovador.

Cabe tener en cuenta que hablamos de bienes inmateriales y no materiales, por lo que no podemos seguir las mismas normas que regulan la propiedad ordinaria. Lacruz Berdejo afirma sobre esta cuestión que “la llamada propiedad intelectual, en cambio, recae sobre un objeto inmaterial que se individualiza precisamente en cuanto propiedad, y que nace atribuida ya a su creador: no existe una propiedad intelectual mostrenca y a disposición del primer ocupante, y es por esto por lo que nadie puede monopolizar las palabras o ideas vulgares, o las notas musicales o los colores, sino que el monopolio de la combinación de unos y otros está condicionada a la originalidad de un resultado y entonces se atribuye al creador sin que sea preciso acto alguno de voluntad de éste”¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Lacruz Berdejo, J.L. *Elementos de Derecho Civil I*. Volumen 3. J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1.990; pág. 16.

El propio Código Civil remite, en sus artículos 428 y 429, a la ley de Propiedad Intelectual al hablar de autores de obras científicas, literarias y artísticas. Es preciso tener en cuenta de nuevo a Lacruz Berdejo, para quien la propiedad intelectual e industrial “constituye una materia netamente diferenciada del derecho de las cosas”¹⁶⁹. Será preciso también tener en cuenta la Ley General de Publicidad, específica para esta disciplina y que plantea las pautas a seguir en el desarrollo de esta actividad.

Este entender y enmarcar la creatividad en el mundo de las ideas y su expresión en la dimensión del arte, nos lleva a incluirla dentro del ámbito de la Ley de Propiedad Intelectual, para conocer cómo debe ser regulada jurídicamente esta actividad.

Es lógico pensar que la creatividad estaría incluida dentro de los derechos de autor, siempre y cuando cumpla los requisitos de originalidad precisos para que esa obra sea protegible y esté además encarnada en un objeto material pues “para que una obra artística sea protegible por las leyes de propiedad intelectual es necesario que sea original. La originalidad es el concepto más importante de la propiedad artística e implica la intervención de la mente humana para crear algo que no es evidente ni natural”¹⁷⁰, según palabras de Pablo Arrabal, que nos recuerdan las mencionadas por publicitarios como Hopkins y Ogilvy, entre otros, al relacionar la creatividad publicitaria con la originalidad y la innovación.

Es preciso diferenciar también esa originalidad publicitaria, que se plasma en un mensaje único, de las obras protegidas por la propiedad

¹⁶⁹ Lacruz Berdejo, J.L. *Elementos de Derecho Civil Y*. Op. cit. Pág. 16.

¹⁷⁰ Arrabal, P. *Manual práctico de propiedad intelectual e industrial*. Ediciones Gestión 2.000 S.A. Barcelona, 1.991: pág. 79.

industrial, de la que formarían parte el “conjunto de títulos jurídicos que garantizan un monopolio al creador de una idea industrial”¹⁷¹. Se trata, en este caso, de ideas que tienen una aplicación más bien científica y no tanto en el plano artístico en el que situamos la creatividad publicitaria, el mensaje entendido como un todo fruto del trabajo de una o varias personas.

Hay elementos publicitarios que son obras protegidas desde el punto de vista de la propiedad industrial, como puede ser el diseño de la botella de Coca-Cola, o el símbolo de una marca concreta; pero no consideramos que pueda incluirse en la misma bolsa un mensaje que puede llegar a convertirse en una obra de arte. En palabras de Díez Picazo, la comunicación publicitaria “no es nunca una comunicación sencilla, sino que en el mundo moderno ofrece una especial complicación. Por eso puede hablarse de una creación publicitaria y de una obra publicitaria, que se sitúa en el terreno de las obras del ingenio y de los bienes inmateriales...”¹⁷².

Recogemos las palabras de Ayn Rand, quien en 1.964 establecía las diferencias entre las obras industriales y las artísticas. Para esta autora “una creación industrial podría haber sido ideada tarde o temprano por otra persona trabajando en el mismo campo. Una creación artística es esencialmente única. Si un novelista no hubiese existido, es imposible que otra persona hubiese llegado a escribir una novela igual”¹⁷³.

Hacemos nuestras las palabras de esta autora, de este modo, cualquier persona que trabajase en el ramo del diseño podría haber llegado a la forma

¹⁷¹ Ídem, pág. 14.

¹⁷² Díez- Picazo, L. En el prólogo de *Introducción al derecho de la publicidad*. Santaella, M. Civitas. Madrid, 1.982. Pág. 13.

¹⁷³ Rand, A. Recogido por Pablo Arrabal en *Manual práctico de propiedad intelectual*. Op. cit. Pág. 71.

de la botella de Coca-Cola si su autor no hubiese existido, es probable que antes o después alguien llegase a la conclusión de que la forma de la semilla de coca podría servir para inventar la nueva botella; pero, es seguro que si Leo Burnett no hubiese materializado la idea de libertad, de masculinidad, de independencia en el vaquero de Marlboro, nadie lo habría hecho. Puede que ese mensaje hubiese tenido otra forma y, quizás el mismo éxito utilizando los mismos valores, pero el vaquero que hoy todos conocemos, no existiría.

Sin embargo, y a pesar de todo ello, cabe preguntarse si la obra *publicitaria, la creatividad, como obra original que nace de sus creadores y es expresada a través de distintos soportes o medios, tiene la misma protección de la que gozan las obras literarias, artísticas o científicas como los libros, la música o un cuadro o si plantea una protección distinta en virtud del proceso publicitario del que forman parte.*

A pesar de que la creatividad publicitaria pueda incluirse en las obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual y sus autores sean los titulares de los derechos reconocidos por la propia ley, existen importantes diferencias con respecto a las creaciones originales en virtud de una serie de requisitos bajo los que se desarrolla la creatividad y determinados no sólo por la LPI sino también por la propia Ley General de Publicidad.

CAP. 2: LA PROTECCIÓN DE LAS CREACIONES ORIGINALES

Partimos de la idea de que toda persona tiene derecho a la protección de lo que es suyo. Arrabal señala que “los sistemas jurídicos occidentales tienen tres objetivos fundamentales: la protección del derecho a la vida, de la libertad individual y de la propiedad privada”¹.

Cuando hablamos de propiedad privada, no sólo hablamos de la propiedad ordinaria y de las cosas materiales, sino también de lo que el Derecho Civil denomina propiedades especiales, como es el caso de las creaciones originales.

No se trata simplemente del reconocimiento o del derecho sobre cosas materiales, sino también del reconocimiento de los derechos sobre la cosa inmaterial, es decir, derecho a que protejan mis creaciones intelectuales, artísticas o científicas, mis ideas materializadas en un soporte, de la misma forma que tengo derecho a la protección de mis tierras o mis pertenencias materiales.

¹ Arrabal, P. *Manual práctico de propiedad intelectual e industrial*. Edt. Gestión 2000. Barcelona, 1.991. Pág. 11.

Esta protección de la cosa inmaterial es lo que en nuestro país recibe el nombre de Propiedad Intelectual, en palabras de Galán Corona “el sector del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la tutela de los derechos de autor sobre sus creaciones intelectuales, así como los derechos de otras personas en razón de su papel en la difusión, ejecución o interpretación de tales obras. A ese conjunto normativo se denomina en España propiedad intelectual”².

Esta denominación es distinta a la de otros ordenamientos jurídicos en los que prevalece el término derechos de autor, como ocurre en Alemania, Francia o Italia, donde éstos están incluidos dentro de la denominación de Propiedad Intelectual, de la que también forman parte la propiedad industrial y el *copyright*, como ocurre en la doctrina inglesa; o cuyo contenido podría ser todavía mayor si nos atenemos al Convenio de Estocolmo del año 1.967, que engloba cuestiones relativas a las obras literarias, artísticas y científicas; interpretaciones de artistas intérpretes y ejecuciones de los artistas ejecutantes, fonogramas y emisiones de radiodifusión; invenciones en todos los campos de la actividad humana; descubrimientos científicos; dibujos y modelos industriales...³.

Es decir, hablamos de bienes inmateriales: marcas, patentes y derechos de autor fundamentalmente, que no tuvieron el mismo desarrollo en el devenir de los siglos.

Cabe destacar que los primeros en aparecer, desde el punto de vista cronológico, fueron los signos distintivos (sobre todo marcas). Ya en la

² Galán Corona, E. Sobre el art. 3 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Rodrigo Bercovitz. Tecnos, 2ª Edición. Madrid, 1997. Pág. 53.

³ Ídem, págs. 53/54.

Antigüedad Clásica existían objetos de cerámica marcados con el signo representativo del artesano, si bien autores como Vázquez Lepinette⁴ mantienen que se trataba más de una costumbre que de un uso de valor jurídico. Dicho autor señala que las marcas comienzan a adquirir relevancia jurídica durante la Edad Media, cumpliendo una función de control de la mercancía y cuya regulación correspondía a los monarcas para casos concretos.

En cuanto al derecho de patente y de autor, su aparición será más tardía, teniendo su “punto de arranque en los monopolios temporales de explotación concedidos, con carácter graciable y caso por caso, por los monarcas absolutos a sus súbditos”⁵.

Hablamos, en todo caso, de un derecho de propiedad, el de los autores, recogido en el ordenamiento internacional, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, en su art. 27.2, establece: “*Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”. Habla de intereses morales del autor que, en España, no serán reconocidos expresamente hasta la Ley de Propiedad Intelectual de 1.987.

Recogido también en el Convenio de Berna del nueve de septiembre de 1.886, que reconoce el derecho de los autores sobre sus obras literarias, artísticas o científicas, especificando en su art. 2.2 que a cada país le

⁴ Vázquez Lepinette, T. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Edt. Tirant lo Blanch. Valencia, 1.996. Pág. 31.

⁵ Vázquez Lepinette, T. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Op. cit. Pág. 32.

competerá establecer en su legislación propia que obras no estarán protegidas si no se encuentran fijadas en un soporte material.

Ese derecho de propiedad intelectual se encuentra, no de forma expresa pero si genérica, en el art. 33 de nuestra Constitución al establecer el derecho a la propiedad privada y la herencia, afirmándose en el art. 33.3 que “*nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada...*”. Para algunos autores, su protección puede encontrarse también en el art. 20 de la Carta Magna, cuestión de la que hablaremos posteriormente.

La propiedad intelectual es desarrollada en la actual Ley de Propiedad Intelectual, en donde se afirma en el art. 1, que “*la propiedad intelectual pertenece al autor por el solo hecho de la creación*”, ley a la que se remite el Código Civil en su art. 429.

Se trata de la protección de ideas, pero las ideas materializadas en un soporte, “hablamos de una cosa no material, que tiene en común con otras sobre las que recae el dominio su carácter exclusivo, excluyente y total pero, a la vez, se aparta de ellas por recaer sobre un ente intangible expresado (materializado) en palabras, notas musicales, líneas y colores...; elementos que son pertenencia común de los hombres e insusceptibles de monopolio en su individualidad”⁶.

Eso es lo defendido por la actual ley española al igual que ocurre en los ordenamientos de otros países, unos derechos para los autores en razón

⁶ Lacruz Berdejo, J.L. Sobre el art. 2 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por Rodrigo Bercovitz. Op. cit. Pág. 28.

de su autoría y cuyo reconocimiento podríamos evaluar de “reciente” ya que no siempre han estado protegidos del mismo modo.

2.1. La legislación sobre Propiedad Intelectual.

Lacruz Berdejo considera que la legislación española se sitúa o toma como punto de partida, para desarrollar la doctrina sobre la actual Ley 22/1.987, del 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, la teoría monista, de la que es uno de sus máximos representantes Ulmer, quien afirma que “la obra es, a la vez, un bien económicamente explotable y un producto del espíritu”⁷.

Cabe reseñar, como veremos más adelante, que también sirven de inspiración a la ley española las tesis defendidas por Kohler en el siglo XIX, y que se reflejan en las leyes alemanas de 1.902 y 1.965, de derecho de autor⁸.

Rivera Hernández antepone en el tiempo a la existencia de esta teoría monista las ideas de Gierke, quien entiende el derecho de autor como un derecho de la personalidad, así como una corriente contraria que defiende el derecho de autor como derecho patrimonial y que hoy sobrevive, sobre todo, en los países anglosajones: “el *copyright* es un derecho económico del autor, los derechos morales se defienden en el ámbito de la *privacy*”⁹.

⁷ Recogido por Lacruz Berdejo en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 31.

⁸ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Marcial Pons. Madrid, 1.995. Pág. 199 y ss.

⁹ Rivera Hernández, F. Sobre la Sección II: Los derechos de explotación en *Comentarios a la LPI*, coordinados por Rodrigo Bercovitz. Op.cit. Pág. 274.

Por contraposición a la teoría monista, que combina ese aspecto personalista y patrimonial, Rivero Hernández, señala la existencia de la teoría dualista en la que “la protección del autor constituye un sistema binario de prerrogativas bien diferenciadas entre sí, una con las características de los derechos de la personalidad, la otra con los típicos de los derechos patrimonialistas, pero con interferencias y correlaciones recíprocas dentro de la unidad del sistema”¹⁰.

Este autor señala además otras dos teorías sobre los derechos de autor que, en su opinión, pretenden ser la superación de la teorías monista y dualista; la primera de ellas define la posición del autor como un señorío sobre la obra, atribuyéndosele un amplio abanico de derechos subjetivos y de poderes jurídicos; la segunda, que recibe, genéricamente, el nombre de *propiedad intelectual* defiende el derecho de autor como un derecho subjetivo absoluto que no es identificable con el derecho de propiedad por la especificidad de su objeto, cuyo contenido está formado por facultades jurídicas y otras de distinto signo¹¹.

Si bien considera, al igual que Lacruz Berdejo, que la legislación española sigue la influencia de la teoría monista, Rivera Hernández afirma que la forma de entender los derechos de explotación en la LPI de 1.987, da un paso adelante para incluir la ley española en la teoría de la *propiedad intelectual* (consecuencia de teorías monistas) ya que, si bien los derechos de explotación son de carácter patrimonial y están indisolublemente unidos a las facultades morales, esta teoría mantiene una particularidad: “la

¹⁰ Rivera Hernández, F. Sobre la Sección II: Los derechos de explotación en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. op. cit. Pág. 274

¹¹ Ídem, pág. 274.

subordinación de las facultades patrimoniales a las morales en razón de la especificidad del objeto de la propiedad intelectual”¹².

Hay, por tanto, una distinción clara entre las facultades morales y patrimoniales que dan contenido al derecho de autor, pero también es cierto que puede darse un conflicto entre ellas, sobre todo cuando alguna de las facultades patrimoniales ha sido cedida a terceros. Es en estos casos en los que puede verse esa superioridad de lo moral sobre lo patrimonial, para ello solo cabe hacer una recapitulación sobre el contenido del art. 14 de la actual LPI de 1.987 (Texto Refundido de la LPI de 1.996) para ver que las facultades patrimoniales pueden ser suspendidas acogándose el autor a sus derechos morales.

Rivera Hernández afirma que esa superioridad de los derechos morales “se encuentra en la particular naturaleza del objeto de esa relación jurídica (...), emanación directa del espíritu”¹³.

Será ésta la idea reflejada en el art. 2 del TRLPI, donde se establece que *“la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”*.

Es decir, se trata de dos facultades que emanan de un derecho subjetivo único “a las que la Ley otorga el apelativo de derechos por ser

¹² Rivera Hernández, F. *Comentarios a la LPI*, coordinados por Rodrigo Bercovitz. Op. cit. Pág. 275.

¹³ Rivera Hernández, F. Sobre la Sección II: Los derechos de explotación en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 278.

posible su disfrute autónomo a título de obligación...”, en palabras de Lacruz Berdejo¹⁴.

La legislación actual sobre propiedad intelectual, tal y como hoy la entendemos, con su vertiente moral y su vertiente patrimonial, comienza a desarrollarse a lo largo del siglo XIX, teniendo mucha importancia en su evolución los derechos sobre las cosas materiales, fuente en la que bebieron los legisladores.

A pesar de ello, no en todas la legislaciones se entiende del mismo modo. Cabe destacar que, mientras la doctrina anglosajona ha defendido siempre la primacía de los derechos patrimoniales (*copyright*) sobre los morales, la doctrina continental, de origen romano, reconoce las dos facultades dentro del derecho de autor. Así, la doctrina anglosajona “todavía rechaza hoy la protección del autor desde el punto de vista de ser la obra una emanación de la personalidad y se atiende fundamentalmente a la protección del dominio sobre la obra manuscrita y reproducida”¹⁵.

Arrabal establece que “los principios que protegen la propiedad intelectual son los mismos que protegen propiedades materiales. La esencia del derecho de propiedad intelectual es el monopolio. La ley reconoce a todo creador artístico o científico un monopolio sobre una idea. De esta forma permite una justa remuneración al trabajo intelectual”¹⁶.

¹⁴ Lacruz Berdejo, J.L. Sobre el art. 2 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 34.

¹⁵ Lacruz Berdejo, J.L. Sobre el art. 2 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 30.

¹⁶ Arrabal, P. *Manual práctico de propiedad intelectual e industrial*. Op. cit. Pág. 12.

Esta influencia de la propiedad material en la legislación de derechos de autor quedaba reflejada en la antigua ley española de 1.879 y su Reglamento, aprobado en 1.880, así como en la Ley de Propiedad Literaria de 1.847, en la que eran necesarios requisitos probatorios para demostrar la autoría de la obra, como por ejemplo el hecho de haberla inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual o que la obra hubiese sido impresa, es decir, que tuviera presencia material. Derivaba esta influencia de la época de privilegios que los reyes otorgaban a libreros e impresores, lo que no quedó sólo reflejado en nuestro país, tal y como demuestra la Ley prusiana de 1.837 o un Decreto dado por Napoleón en 1.805 donde se destaca la importancia de la reproducción de la obra como hecho determinante para la protección de la misma¹⁷.

2.1.1. Evolución histórica del derecho de autor.

Si bien la regulación moderna del derecho de autor puede considerarse “reciente”, distintos autores establecen sus antecedentes en épocas más lejanas. Así, por ejemplo, M. Goldstein manifiesta que el punto inicial del derecho de autor “es posible colocarlo en Cicerón, quien en su obra *Los Tópicos*, se refirió a la cosa incorpórea como algo diferenciado de otras cosas o bienes jurídicos”¹⁸.

Dicha autora refiere además que Grecia y Roma desarrollaron algunas normas relacionadas con la creación intelectual y que, en el lejano Oriente, se conocieron distintas técnicas de reproducción mecánica, aunque reconoce

¹⁷ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 32.

¹⁸ Goldstein, M. *Derechos editoriales y de autor*. Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 1.998. Pág. 227.

que fue la invención de la imprenta lo que provocó un cambio en la historia de los derechos de autor¹⁹.

Antes de la invención de la imprenta, lo que se defendía y se tenía en cuenta en el ordenamiento era, fundamentalmente, el derecho moral del autor a defender su autoría sobre la obra. El derecho patrimonial sobre la misma y la explotación que sobre ella podía hacerse para conseguir una remuneración carecían de importancia, habida cuenta de que era bastante difícil la realización de copias, ya que éstas debían hacerse de forma manuscrita. Cabe tener en cuenta además que los escritores o eruditos pertenecían a una clase social alta o bien vivían al amparo de los mecenas de la época.

Lacruz Berdejo²⁰ afirma que la llegada de la imprenta trae consigo el reconocimiento del derecho de reproducción, en manos de los monarcas en una primera época, que lo concedían en exclusiva a quien lo solicitase y, posteriormente, en manos de los autores pero sólo por un tiempo limitado.

Los reyes podían prohibir la publicación de obras por medio de la censura y favorecer la difusión de otras obras concediendo privilegios para su publicación²¹. La imprenta dará a conocer la importancia que la difusión de ideas puede tener a la hora de conseguir influencia política y social, así como la importancia económica de la reproducción.

¹⁹ Ídem, pág. 227.

²⁰ Lacruz Berdejo, J.L. Sobre el art. 2 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit.. Pág. 29.

²¹ Rivero Hernández, F. Sobre la Sección II: Los derechos de explotación en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 271

Será ésta una situación que se prolongue a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII en toda Europa, siendo este último siglo el que marque el inicio de una legislación sistemática del derecho de autor. Se sitúa en estas fechas el que suele considerarse documento más antiguo con estructura de ley sobre derechos de autor, el Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra (*English Copyright Act of Queen Anna*), aprobado por la Cámara de los Comunes el 10 de abril de 1.710. Dicha ley fue dictada “en reemplazo de un privilegio de corte feudal otorgado en 1.557 a una empresa de edición de libros; se instrumentó mediante la concesión del derecho perpetuo del *copyright* (derecho de copia), obtenido luego de someterse a la censura”²².

A pesar de ello, no debemos olvidar que se trata de privilegios reales y no podemos pretender ver en él una protección de intereses que pueda equiparse a los incluidos en las modernas legislaciones de derechos de autor.

En Inglaterra se aprobará la Ley de grabadores en 1.735, la Dramatic Copyright Act en 1.833, la Ley de Protección de obras artísticas en 1.862 y la Ley de Protección de obras musicales en 1.882.

Será a partir de este siglo XVIII cuando los autores reivindiquen en su favor el reconocimiento legal de un derecho de larga duración. Lacruz Berdejo recoge las palabras de Luis D’Héricour, abogado francés de la época, con las que afirma que “un manuscrito es un bien realmente propio de la persona del autor, porque es fruto de un trabajo personal suyo”²³.

²² Goldstein, M. *Derechos editoriales y de autor*. Op. cit., Pág. 228.

²³ Luis D’hericourt, citado por Lacruz Berdejo en *Comentarios a la LPI*. Op. cit., Pág. 30.

Será entonces cuando comience a concebirse el derecho de autor como un derecho de propiedad. Una idea ampliamente desarrollada en la época de la Revolución Francesa, enemiga de los privilegios, que será el revulsivo para cambiar la situación existente.

Cabe así destacar la Ley francesa de enero de 1.791 en la que se consagra el derecho de representación escénica, estableciendo en su art.2 que ninguna obra de autor vivo podrá ser representada sin su consentimiento. O la también francesa Ley de 19 de julio de 1.793, cuyo art. 1 establece: *“los autores de escritos de toda clase, los compositores, los pintores y los dibujantes, gozarán durante toda su vida del derecho exclusivo de vender, hacer vender, distribuir sus obras en todo el territorio de la República y de ceder su propiedad en todo o en parte”*.

Las Leyes posteriores a la Revolución sirvieron para hacer desaparecer decretos anteriores, como los aprobados por Luis XVI en 1.777 sobre edición e impresión de obras literarias, que suponían para sus titulares el establecimiento de privilegios, contrarios a las leyes revolucionarias que buscaban la abolición de los mismos.

Fueron éstas unas leyes de gran influencia en distintas normativas europeas e hispanoamericanas y que, por ejemplo, estuvieron vigentes en Francia, con pequeñas modificaciones, hasta la Ley de 11 de marzo de 1.957, modificada en el año 1.985.

La proclamación de la libertad de comercio y de industria como consecuencia de la Revolución Francesa provocará, por tanto, el nacimiento del derecho de autor como tal, del mismo modo que ocurre con el derecho

de patente, “conectándolos con el derecho por excelencia de la época, el derecho de propiedad”²⁴. Esta concepción revolucionaria, seguida en España, dotará a estos derechos de tres notas características²⁵: los titulares de este tipo de prerrogativas tienen un derecho exclusivo de explotación, son derechos de carácter temporal y no son concedidos por el Estado, sino que éste simplemente reconoce la existencia de tal derecho.

Por su parte, la doctrina americana reconoce en la Constitución de 1.787 la protección al derecho de autor en su art. 1 sección 8. Cabe tener en cuenta que la doctrina americana mantuvo durante muchos años la posición anglosajona de supremacía de los derechos patrimoniales sobre los morales, al contrario que la doctrina continental, si bien en la actualidad, ha adoptado esta última tendencia, como veremos más adelante.

Esa concepción de los derechos de autor como derechos de propiedad puros decae a partir de mediados del siglo XIX, momento en que los derechos de autor comienzan a considerarse un tipo especial de propiedad, concepción que persiste en los arts. 428 y 429 del actual Código Civil español y que, según Vázquez Lepinette²⁶, no sirve para explicar estos derechos.

Botana Agra defiende que el siglo XIX da paso a las tesis de los bienes inmateriales, desterrándose la idea del derecho de autor como un

²⁴ Vázquez Lepinette, T. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Op. cit... Pág. 34.

²⁵ Ídem, pág. 35.

²⁶ Vázquez Lepinette, T. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Op. cit.. Pág. 38. Para este autor, el encuadre de los derechos de autor dentro de las llamadas “propiedades especiales” no permite la explicación de los derechos personalistas existentes en dicho derecho. Para ello se apoya en las opiniones de Kholer que calificó esta interpretación de incorrecta afirmando que los bienes inmateriales “son absolutos (...) crean un vínculo entre una persona y un bien inmaterial que ha de ser respetado por la generalidad”.

derecho de propiedad. Afirma este autor: “en esta categoría de bienes se comprenden las creaciones de la mente humana que, a través de medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales, y a las que el ordenamiento específico dota de tutela específica. En el marco de esta concepción es presupuesto fundamental distinguir entre la creación intelectual propiamente dicha (*corpus mysticum*) y el medio o soporte en que ésta se expresa o exterioriza (*corpus mechanicum*)”²⁷.

Con todo ello y, siguiendo a Lacruz Berdejo, la jurisprudencia nunca olvidó que también existían diferencias con respecto al derecho de las cosas, aunque tardó en descubrir que el monopolio que corresponde al autor sobre su obra deriva de que ésta mantiene la impronta de la personalidad de quien la ha desarrollado. Una tardanza debida sobre todo a la preocupación por los aspectos pecuniarios, y que se reflejará en las primera leyes españolas.

Para Fernández-Novoa es en esta época, principios del siglo XIX, cuando comienza a aparecer el reconocimiento del derecho moral de los autores, reflejándose de modo paulatino en la doctrina y jurisprudencia francesa que reconoce “a autores de obras literarias y artísticas un conjunto de facultades de defensa de los intereses estrictamente personales del autor con respecto a su obra; facultades que el autor continuaba detentando incluso con posterioridad a la cesión de los derechos de explotación económica sobre la correspondiente obra”²⁸.

²⁷ Botana Agra, M. *Los derechos de explotación de la obra de autor en la ley española de propiedad intelectual*. Actas de Derecho Industrial. Tomo XII. 1.987-1.988. Universidad de Santiago de Compostela. Pág. 40.

²⁸ Fernández-Novoa, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial. Tomo XIII. 1.987-1.988. Universidad de Santiago de Compostela. Pág. 17.

La doctrina del *droit moral* surgida en Francia tendrá su continuación en la doctrina alemana del último tercio del XIX, concretamente con Gierke y Garets²⁹.

Esos aspectos pecuniarios y morales que se integran dentro de los derechos de autor han ofrecido también distintas consideraciones por parte de distintos autores en el continente a lo largo de los siglos.

Kohler ha defendido la tesis del doble derecho, es decir el derecho de autor esta formado por dos categorías diferentes que se complementan mutuamente; por un lado estaría la categoría patrimonial, cercana para este autor a los derechos morales y, por otro, un aspecto moral que podría incluirse dentro de los derechos de la personalidad³⁰.

Para autores como Nast, el derecho de autor se sitúa en la autoría y el derecho al control de la obra, mientras que De Boor niega que el derecho moral deba ser incluido entre los derechos personales³¹.

En la consideración actual de la propiedad intelectual mucho han tenido que ver también los convenios internacionales, en especial para el reconocimiento de los llamados “derechos morales del autor”.

Es preciso destacar el Convenio de Berna, del nueve de septiembre de 1.886, para la protección de las obras literarias y artísticas, ratificado en España en 1.973. En la revisión de dicho convenio, realizada en la Conferencia de Roma de 1.928, se produce el reconocimiento del derecho

²⁹ Fernández- Nóvoa, C. *El derecho moral de los autores*. Op. cit.. Pág. 18.

³⁰ Lacruz Berdejo, J.L. Sobre el art. 2 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit.. Pág. 30.

³¹ Lacruz Berdejo, J.L. Sobre el art. 2 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit.. Pág. 31.

moral de los autores como consecuencia de las distintas leyes nacionales y europeas que, en los primeros 20 años del siglo XIX lo reconocían³². Por este motivo, se incluye el art. 6.bis que reconocerá, aunque no de forma explícita, la existencia de esos derechos morales, al establecer:

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.

Fernández-Novoa³³ manifiesta que en la Conferencia de revisión de Bruselas de 1.948 se planteó si el derecho moral de los autores debe protegerse después del fallecimiento de éste, adoptándose una solución de compromiso que tuvo como resultado el apartado 2 del art. 6 bis: *“los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1 serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca sus derechos....”*. Este autor establece además que en la Conferencia de Estocolmo de 1.967 se intentó que el derecho moral subsistiese a perpetuidad, cuestión desechada.

³² Caso de la Ley italiana de 1.925 que reconocían en su art. 16 el derecho a la paternidad e integridad de la obra a los autores.

³³ Fernández-Novoa, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial. Tomo XIII. 1.987-1.988. Pág. 18.

2.2. Evolución de la legislación sobre propiedad intelectual en España.

Hemos constatado ya que la faceta patrimonial de los derechos de autor comienza a tomar cuerpo a partir del desarrollo de la imprenta y, de hecho, son una constante en la legislación a través de los siglos. Sin embargo, su reconocimiento como derecho subjetivo llegará por influencia de la Ilustración en el siglo XVIII, momento en el que se articula la expresión “derechos de autor”.

Siguiendo a Marco Molina, los primeros textos legales hablaban de una propiedad un tanto especial, en un intento de distanciarse de esa idea de privilegio o de concesión del soberano para así “asegurar al autor la máxima protección invocando la imagen del derecho de propiedad, el más poderoso de los derechos”³⁴.

En España, la propiedad de autor fue proclamada por primera vez por influencia francesa, a través del Decreto 265 de las Cortes de Cádiz, de 10 de junio de 1.813, a la que siguió la llamada Ley Calatrava de 1.823³⁵.

A pesar de ello, la Ley de Imprenta de 1.834 fue un paso atrás - supuso la vuelta al sistema de privilegios de la época de la imprenta, en el siglo XV-, a pesar de reconocer a los autores de obras originales la propiedad de éstas durante su vida y a sus herederos por diez años (art. 30), a los traductores la propiedad sobre sus traducciones durante su vida (art.

³⁴ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 20.

³⁵ Ídem, pág. 21.

31) y, a los impresores de obras inéditas, el derecho exclusivo a reimprimirlas durante 15 años (art. 32)³⁶.

Este proceso se consolida cuando en 1.847 se promulga la Ley sobre Propiedad Literaria, de 10 de junio que, a pesar de conservar reminiscencias de épocas pasadas, representa, en cierto modo, una regulación moderna del derecho de autor.

2.2.1. La Ley de Propiedad Literaria de 1.847.

Aunque supuso un cambio en materia de derechos de autor, la Ley de 1.847 es una “ley de carácter civil” siguiendo las apreciaciones de Marco Molina pues, a pesar de tener influencias de otros ordenamientos, “la ley recurre a disposiciones de derecho histórico español de la etapa de privilegios: lo que intenta es sistematizarlos, reuniéndolos en un cuerpo legal que se ocupe sólo de lo relativo a la propiedad de autor”³⁷.

De hecho, la obra protegida por la Ley es aquella que ha sido dada a la imprenta y ese va a ser el requisito fundamental que se exija a la obra para que sea objeto de protección, lo cual queda reflejado en el art. 1: “*Se entiende por propiedad literaria, para los efectos de esta ley, el derecho exclusivo que compete a los autores de escritos originales para reproducirlos o autorizar su reproducción por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas o por cualquiera otro semejante*”.

³⁶ Rivero Hernández, F. Sobre la Sección II: Los derechos de explotación en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 267.

³⁷ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 21.

Citando de nuevo a Marco Molina, “hubo unanimidad en cuanto a que la obra, aún no patrimonializada -no dada a la imprenta- ni era objeto de propiedad literaria, ni precisaba la protección por dicha vía, pues al igual que cualquier otro bien material seguía siendo objeto de la propiedad ordinaria de su autor, derecho que le dispensaba una protección muy superior ya que, además de no estar sometido a plazo alguno de duración, la violación del mismo sería penado como delito de hurto y no como mera infracción de la propiedad literaria”³⁸.

Es decir, en esta Ley lo que se protege no va ser la obra fruto de la personalidad del autor, fruto de su inspiración, no se protege el contenido de la obra, sino la forma concreta que éste le ha dado, esto va a ser lo que los autores de la época consideren que constituye la creación personal del autor.

La diferencia entre la forma y el contenido será el punto de partida para que, a finales del siglo XIX, los juristas lleguen a la definición del objeto del derecho de autor como bien inmaterial³⁹.

El objeto de la Ley va a ser, por tanto, esa forma que el autor dé a su obra, pero no toda obra creada va a encontrar protección en esta norma. Se establecen una serie de parámetros a tener en cuenta que no sólo van a determinar si una obra está o no protegida sino también la categoría a la que pertenece y, por tanto, la duración del derecho. Se desprende además que uno de los requisitos fundamentales va a ser el modo de difusión ya que el

³⁸ Recoge Marco Molina las diferentes conclusiones de los ponentes durante la discusión de la Ley en 1.847, recogidas en los Diarios de Sesiones del Congreso y el Senado de 1.847. En *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 34.

³⁹ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 24.

art.1 de la Ley establece que el objeto comprendido en la protección estará constituido por “escritos originales”.

En palabras de Marco Molina, “se vislumbra que hay una condición que la Ley de 1.847 presupone en toda obra: el hecho de haber sido reproducida o divulgada por medio de la imprenta”⁴⁰. De hecho, el contenido de la Ley de Propiedad Literaria será el derecho a reproducir en exclusiva la obra y, como consecuencia de ello, el derecho a la distribución en exclusiva. Ello deriva de que la obra del espíritu sólo se considera relevante desde el momento en que es susceptible de reportar lucro o ventajas patrimoniales.

Esto tendrá consecuencias importantes a la hora de delimitar quién es autor en esta Ley y cuáles son sus derechos. El art.1 establece que el autor, mediante su trabajo, crea un nuevo valor económico, pero este título no es superior a los demás: “el autor no es, en definitiva, para la Ley de 1.847, más que el primer sujeto que pone en circulación la mercancía pero, una vez que ésta se encuentra en el tráfico, no se le reconoce ningún tipo de derecho eminente ni se articula ningún mecanismo que permita la subsistencia del vínculo del autor con su obra”⁴¹.

Esta Ley no reconoce, por tanto, ningún derecho moral del autor sobre su obra, no se reconoce la autoría en el sentido de paternidad de la obra, de ésta solamente importa su valor patrimonial y en el momento que ésta lo adquiere pasa a ser una obra protegida por la Ley de Propiedad Literaria.

⁴⁰ Ídem, pág. 31.

⁴¹ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 58.

En el momento que la obra se lleva a la imprenta, la figura del autor se convierte en irrelevante desde el punto de vista jurídico. Marco Molina afirma: “cuando la Ley de 1.847 habla de autor hay que entenderlo bajo la acepción de autor en tanto que propietario”⁴². Así queda establecido también en el art. 22: *“Para la aplicación de las anteriores disposiciones penales se considerarán como autores todas las personas o cuerpos en quienes reconoce esta ley el derecho exclusivo de publicar y reproducir obras durante más corto o más largo período”*.

En definitiva, esta primera Ley lo que defenderá será la obra en cuanto ésta haya sido impresa, así como al propietario de la obra, que podrá ser o no el autor de la misma. Todo ello muestra la influencia que los privilegios de imprenta siguen manteniendo a la hora de hablar de obras literarias.

2.2.2. La Ley de Propiedad Intelectual de 1.879.

Con la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1.879 aparecerán una serie de cambios que mostrarán la evolución de este derecho con respecto a la ley anterior.

La nueva Ley va a supeditar la protección de la obra a su publicación, pero no en el sentido de la ley de 1.847 (obra impresa), sino entendiendo por publicación el hecho de hacerla pública, accesible a los demás, bien fuese a través de la imprenta o a través de otro medio, tal y como establecía en su art. 1: *“obras...que puedan darse a la luz por cualquier medio”*. Reconocía

⁴² Ídem, pág. 60.

la Ley de 1.879 que una obra podía ser conocida por procedimientos como *“la lectura, ejecución o exposición pública o privada”*(art.8).

El sentido de publicación es, por tanto, más amplio que en la legislación anterior y será un requisito imprescindible para el nacimiento de este derecho. Además se establece que, del mismo modo que la propiedad ordinaria se adquiere por el trabajo, el título adquisitivo de la propiedad intelectual será el trabajo intelectual, siendo la delimitación de este tipo de trabajo uno de los logros de la Ley del año 1.879, al establecer en su artículo primero que la propiedad intelectual corresponde a los autores, lo que será completado en el art.2 del Reglamento de 1.880: *“Se considera autor, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, al que concibe y realiza alguna obra científica o literaria, o crea y ejecuta alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales”*.

Para dar una base sólida a este planteamiento, los juristas hacen suyas las opiniones de Fichte al establecer como “justo modo particular de adquirir una propiedad por el trabajo intelectual”⁴³. Es decir, la forma de expresar las ideas es individual, nada tiene que ver que los conocimientos los adquiramos dentro de un marco cultural o como consecuencia del conocimiento de otros (tal y como afirmaban aquellos que negaban el carácter apropiable de la ideas, por derivar de lo que otros antes habían investigado), cada obra es la expresión particular de cada individuo y eso es lo que constituye el trabajo intelectual, la forma particular que cada individuo tiene de ver las cosas. Eso es lo que reivindican los defensores del derecho de autor, el derecho que cada uno tiene sobre la forma de exteriorizar su pensamiento.

⁴³ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 86.

Tal y como establece Marco Molina, esa individualización del trabajo será el segundo de los requisitos exigidos por la Ley para el nacimiento del derecho: “las ideas en sí no pueden ser apropiadas, pero si pueden ser retenidas por el autor cuando les da una forma concreta y determinada...”⁴⁴.

La Ley reconocerá este derecho no sólo al autor originario de la obra, sino también a aquellos que realicen su trabajo sobre ella, es decir, “los traductores, los que refundían, extractaban o compendaban obras originales, editores de obras inéditas y sus derechohabientes, así como los autores de mapas, planos, compositores de música, autores de obras de arte...”⁴⁵. A ellos se les reconoce el mismo derecho sin establecimiento de ningún tipo de categorías en cuanto a duración, tal y como establecía la ley de 1.847.

No sólo los autores podrán hacer gala del título de propiedad intelectual de modo originario, el mismo derecho reconoce la Ley a otros sujetos que pueden ostentarlo sin haberlo recibido del autor y que la ley reconoce en la figura de los editores de obras inéditas; las corporaciones públicas o de carácter cultural cuando han encargado una obra, cuando son ellas quienes financian su publicación o divulgación o cuando han sido realizadas por una persona física que actúa como órgano de una persona jurídica; también se otorga el título originario a la persona que encarga a otra una obra, quedando para el autor pequeños derechos de carácter residual.

La propiedad intelectual, al contrario de lo que ocurre en países como Alemania, entra a formar parte en nuestro país del régimen de “propiedades especiales” establecidas en el Código Civil de 1.889, entre las que se

⁴⁴ Ídem, pág. 88.

⁴⁵ Rivera Hernández, F. Sobre la Sección II: Los derechos de explotación en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 268.

incluyen las obras literarias, artísticas o científicas, así como las aguas y los minerales.

Será éste un hecho que provocará una lentitud en la evolución de los rasgos específicos del derecho de autor, que seguirá dependiendo del derecho común en la mayor parte de los casos, a pesar de que se vislumbra en la Ley y su Reglamento un leve reconocimiento de la existencia de intereses no patrimoniales sobre la obra. Baste para ello tener en cuenta las palabras del Marqués de Valmar en la Comisión del Senado encargada de dictaminar sobre el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual: “desde luego la propiedad intelectual tiene dos aspectos diferentes que no pueden desconocerse: el aspecto de lucro y el de la gloria, cuando la propiedad común u ordinaria solo tiene uno”⁴⁶.

Esta equiparación de la propiedad intelectual a la propiedad ordinaria tendrá, entre otras consecuencias, que ésta sea considerada transmisible. En palabras de Marco Molina, “hay que partir de la consideración, en la Ley de 1.879, de la obra intelectual como objeto de tráfico igual a cualquier otro y del derecho de autor como derecho patrimonial igual a los demás”⁴⁷.

Siguen, por lo tanto, obviándose los caracteres diferenciadores de la propiedad intelectual en comparación a la propiedad ordinaria y las obras serán tratadas como meros objetos de transacción.

⁴⁶ Leopoldo Augusto de Cueto, Marqués de Valmar, miembro de la Comisión del Senado que dictaminó el Proyecto de Ley, citado por Marco Molina, J. en *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 68

⁴⁷ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 108.

Es decir, la forma de sacar rendimiento a la obra será hacerla accesible, ponerla al alcance del público. Hablamos de derechos de explotación sobre la obra que corresponderían al autor pero que, en realidad, no los posee de una manera plena, ya que la obra sólo puede ser explotada cuando el autor le ceda a otro ese derecho, a no ser que el autor sea también empresario y pueda sacarla a la luz.

La Ley de 1.879 plantea, por tanto, esa posibilidad de cesión de la propiedad intelectual, “una transmisión de la propiedad intelectual en globo, por medio de un título traslativo de dominio”⁴⁸, lo cual queda reflejado en el art. 2.5 de la Ley.

Ni la Ley ni el Reglamento preveían que el autor pudiese obtener beneficios de la explotación de la obra cuando ésta fuese realizada por un tercero, ya que la obra había sido enajenada y el autor no conservaría su titularidad.

La obra literaria, artística o científica es un bien transmisible y, una vez realizada la enajenación, el autor ya no tiene derecho sobre ella ni sobre los beneficios que se deriven de su explotación. Al igual que ocurre con la propiedad ordinaria, que una vez vendida su titularidad corresponde a otra persona su disfrute, con la propiedad intelectual ocurriría lo mismo, una vez transmitida quien la disfruta es su nuevo titular y no su autor.

Por tanto, ese derecho de explotación que se recogía en el art. 428 del Código Civil, sólo correspondía al autor hasta el momento de su

⁴⁸ Rodríguez Tapia, J.M. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Edt. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1.992. Pág. 24.

divulgación, una vez cedido ese derecho a un tercero en éste revertían los beneficios, sin ningún tipo de defensa o réplica por parte del autor.

Esta situación también se da con la facultad, reconocida en el Código Civil, de disfrute de la obra por parte del autor. Una vez enajenada es el propietario quien habrá de decidir cual es el futuro de la misma. Es decir, el propietario de la obra será quien decida sobre la subsistencia y destino de la obra y no el autor que la ha engendrado.

Poco le queda al autor cuando enajena el resultado de su trabajo intelectual, ya que el derecho de explotación y disposición de la obra los ha cedido a un tercero que es el propietario.

Sin embargo, a pesar de esa enajenación de la obra, no es lo mismo titular de derechos que autor de la obra, el derecho del cesionario no es de la misma duración y extensión que el derecho del autor sobre su obra. El cesionario además no puede disfrutar de derechos personalísimos del autor, que puede seguir conservándolos o pueden desaparecer⁴⁹.

Es decir, la Ley de 1.879 deja entrever una cierta propiedad residual que correspondería al autor, incluso después de enajenar su obra.

Esa propiedad residual estaría conformado por un conjunto de facultades que el autor seguiría manteniendo pero que no son reconocidos como derechos y que, a la hora de la verdad, poco le sirven al autor para defenderse.

⁴⁹ Rodríguez Tapia, J.M. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Op. cit. Pág. 26. Recoge Rodríguez Tapia las palabras de López Quiroga (*La propiedad intelectual en España*, Madrid: 1.928) para reafirmar el hecho de que autor y titular de propiedad intelectual no disfrutaban de forma completa del mismo derecho a pesar de existir una cesión.

Habla la Ley de facultades que podríamos denominar, en cierto modo, patrimoniales, como es el caso del derecho que le queda al autor a refundir y corregir sus obras (regulado en el art. 26 de la Ley y en el art. 66.1 del Reglamento); y de *facultades morales*, si se nos permite la expresión, como son el “derecho a manifestar en forma solemne su voluntad de que su obra no vea la luz pública” (art. 44 de la Ley) y el “derecho a prohibir por completo y en absoluto su ejecución” (art. 93 del Reglamento).

Como es obvio, ese derecho a corregir las obras y refundirlas es la única manera de que el autor pueda obtener algún beneficio económico como fruto de su trabajo pero, también es evidente que, en el ejercicio de esa facultad, habrá un choque entre los intereses del autor y los del propietario de la obra, ya que hablamos del mismo objeto.

A pesar de todo ello, la Ley de 1.879 relata una serie de competencias o derechos que solo podrán ser ejercidas por los autores, sean o no los propietarios de la obra, caso de la divulgación, ya mencionada anteriormente. Rodríguez Tapia⁵⁰ señala además el derecho de colección, que mantiene el autor, tal y como se establece en el art. 32: “...su transmisión ha de ser expresa y explícita y no se entiende implícita en una venta”.

El art. 35 de la Ley ofrece además una serie de beneficios fiscales de los que solamente podrá disfrutar el autor de la obra: “*Los autores de las obras científicas, literarias o artísticas estarán exentos de todo impuesto, contribución o gravamen por razón de inscripción en el registro*”. El derecho de inédito solemne, que Rodríguez Tapia equipara al actual derecho

⁵⁰ Rodríguez Tapia. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Op. cit. Pág. 27 y ss.

de retirada es conservado por el autor, pero sólo mientras conserve la propiedad de la obra (art.44). Por último, los arts. 91, 92 y 93 del reglamento de 1.880 establecen las resoluciones contractuales en materia de teatros y representación de obras en los mismos, derechos que solamente son reconocidos a los autores de obras.

Junto a estas normas, la Ley de 1.879 y su Reglamento contemplan una serie de derechos que podrán ser ejercidos por el autor o el propietario de la obra según el caso. Ello ocurre con el derecho de exposición y reproducción de obras de arte que pertenece al autor o, en su defecto, a su derechohabiente, pero pudiendo ser enajenado; lo mismo ocurre con el derecho de colección, referido anteriormente, así como con el derecho de inserción, que también podrá ser enajenado⁵¹.

Por lo que respecta a las facultades de carácter moral, si se nos permite la expresión, ya que como tales no aparecen reconocidas en esta Ley, todas se refieren a aspectos que afectan muy directamente al carácter personal del autor y a su protección: impedir que se diga su nombre, que la obra sea ejecutada... Fernández-Novoa⁵² reconoce que, si bien no habla esta Ley de facultades morales, algunas de ellas son reconocidas implícitamente y de forma asistemática, destacando el art. 26 que reconoce el derecho del autor a publicar la obra bajo pseudónimo o de forma anónima; el art. 24 que reconoce el derecho a la integridad de la obra dramática o musical en caso

⁵¹ Rodríguez Tapia, J.M. *La cesión exclusiva de los derechos de autor*. Op. cit. Se refiere el autor, en este caso, al derecho de reproducción dentro de una obra colectiva, sobre todo, en el caso de publicaciones periódicas. Si bien este autor reconoce que, en muchos casos, los autores han podido ceder algo más que el derecho de inserción, renunciando incluso a la propiedad de sus aportaciones.

⁵² Fernández-Novoa, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial. Tomo XIII. 1.987- 1.988. Pág. 19.

de ejecución pública, derecho que es recogido de forma más completa en los arts. 69, 70 y 87 del Reglamento de 1.880.

Lo relatado nos lleva a la conclusión de que la propiedad intelectual es considerada del mismo modo que la propiedad ordinaria, con características tales como la transmisibilidad sin que, a posteriori, el autor pueda prácticamente reivindicar ningún tipo de paternidad sobre ella, pues pertenece a otro.

La idea inicial de aquellos que plantearon la reforma de la propiedad intelectual solicitando una nueva ley que derogase la de 1.847 era conseguir el carácter perpetuo del derecho del autor sobre su obra, equiparándola así a la propiedad ordinaria y, casualmente, es eso lo que no se consigue.

Para la profesora Marco Molina ese reconocimiento de perpetuidad no se logra debido a las presiones gubernamentales, sobre las que “planeaba el fantasma de la vinculación de bienes que se había dejado atrás con el destierro de los privilegios y las desamortizaciones”⁵³. Es decir, la finalidad buscada con la aprobación de una nueva ley, esa equiparación de la duración, pasaba a ser regulada por la Ley de 1.879 estableciéndola de carácter limitado en el tiempo y no por el derecho común dentro de las llamadas “propiedades especiales”.

A pesar de no lograrse la perpetuidad, la Ley de 1.879 amplía y mejora las condiciones de duración del derecho que son establecidas en el art. 6 de la Ley: *“La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos testamentados o legítimos por el término*

⁵³Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 154.

de ochenta años. También es transmisible por actos entre vivos y, corresponderán al adquiriente durante la vida del autor y ochenta años después del fallecimiento si éste no deja herederos forzosos. Más si los hubiere, el derecho de los adquirientes terminaría veinticinco años después de la muerte del autor y, pasará la propiedad a los referidos herederos forzosos por tiempo de cincuenta y cinco años”.

Una vez extinguido el plazo la obra pasa al dominio público, es decir, la obra es de utilización general y nadie puede apropiársela, al contrario de lo que ocurre con la propiedad ordinaria que puede ser adquirida por un nuevo propietario. Con las cosas inmateriales, la propiedad intelectual se extingue un vez que llega al dominio público.

La Ley de 1.879 recoge además dos situaciones por las que el autor o propietario pueden perder sus derechos sobre la obra, que pasaría al dominio público aunque de una manera temporal.

Es decir, el autor o propietario debía inscribir la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual en el plazo de un año a partir de la fecha de publicación, tal y cómo se recoge en el art. 36 de la Ley. De no hacerlo, la obra podía ser impresa por cualquiera durante los diez años siguientes, al término de los cuáles habría de nuevo un plazo de un año para que el titular la inscribiese, de no ser así, la obra pasaba definitivamente al dominio público.

En el segundo de los casos, la no publicación de la obra durante veinte años, suponía que la misma pasaría a dominio público. Marco Molina explica la medida adoptada por esta ley en el hecho de que los titulares

debían tener siempre a la venta ejemplares de la obra para poder satisfacer el “derecho de la sociedad a acceder a los conocimientos útiles”⁵⁴, es decir, que el propietario no pudiese evitar que el público disfrutase de la obra por el simple hecho de poseer el derecho sobre ella.

2.3.- La Ley 22/1.987 de Propiedad Intelectual, de 11 de Noviembre y el Texto Refundido de la LPI de 1.996 - TRLPI DE 1.996-

El año 1.987 trae una nueva Ley de Propiedad Intelectual en España en la que expresamente se reconoce el derecho moral del autor. Cabe destacar que existió en España un anteproyecto de ley del año 1.934 en el que se recogía esta vertiente moral del derecho de autor, pero nunca fue aprobado, por lo que hubo que esperar a la Ley de 1.987 para que se produjese este reconocimiento, a pesar del art.6 bis de la Convención de Berna ya referido anteriormente.

Sobre el derecho moral del autor y, una vez aceptado que su reconocimiento implícito se produce por primera vez con esta Ley, Fernández-Novoa afirma que es preciso reconocer que “la doctrina española realizó meritorios esfuerzos para rellenar la laguna en este punto existente; y propugnó que se atribuyese a los autores un completo catálogo de facultades de naturaleza personal o moral”⁵⁵.

Si bien es preciso destacar que la legislación española de propiedad intelectual no procede a este reconocimiento hasta el año 87, la primera vez

⁵⁴ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 167.

⁵⁵ Fernández-Nóvoa, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial. Tomo XIII. 1.987-1.988. Pág. 19. Recuerda este autor que el Estatuto de la Propiedad Industrial de 1.929 reconoce expresamente el derecho a la integridad de la obra en el art. 193, en que se regulan modelos y dibujos artísticos.

que aparece el término derechos morales tiene lugar con motivo de la Ley de 31 de mayo de 1.966 sobre propiedad intelectual en obras cinematográficas.

A pesar de que la LPI de 1.987 significó un paso adelante cuando fue aprobada, situando a España al nivel de otros países en materia de propiedad intelectual, las reformas hechas sobre ella para incluir las directrices de la Unión Europea dieron lugar a una “obra de parcheado, subyugada a intereses políticos”⁵⁶.

Bercovitz considera que la inclusión de directivas europeas debería haberse aprovechado para solventar los errores existentes en la actual Ley, sin embargo, esa reforma ha convertido el Texto Refundido del año 96 en una ley por debajo del nivel esperado, pues en ella se ve una “actividad legislativa plagada de errores”⁵⁷.

Marco Molina⁵⁸ reconoce que se trata de un texto importante por su intención de acabar con las carencias surgidas por legislaciones anteriores, pero a la que debe criticársele el hecho de que, en muchos casos, transcribe preceptos de otras leyes sin tener en cuenta el contexto o las peculiaridades de nuestro país, lo que da lugar a importantes lagunas.

Afirmábamos que la LPI de 1.987 reconoce por primera vez, de forma expresa, la vertiente moral del derecho de autor, sin embargo, no será esa la única novedad de la nueva ley ya que el nuevo texto presenta además importantes novedades con respecto a los derechos de explotación que

⁵⁶ Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Sobre el art. 1 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág 13 y ss.

⁵⁷ Ídem, pág. 14.

⁵⁸ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 369 y ss.

corresponden al autor y que, por primera vez, aparecen reconocidos y desarrollados como tales en los arts. 17 y ss.

2.3.1. Propiedad intelectual: los derechos del autor.

La LPI de 1.987, como hemos dicho anteriormente, incluye dentro de la propiedad intelectual dos facultades que corresponden al autor, de carácter patrimonial y moral, no derechos entendidos como tal sino facultades dentro del mismo derecho “la propiedad intelectual como *derecho que corresponde al autor* (art.1 de la LPI) se presenta ahora en nuestro ordenamiento integrada por un doble orden de facultades -aunque la LPI hable de derechos- de carácter personal y patrimonial”⁵⁹.

Sin embargo, autores como Bondía Román opinan que “la propiedad intelectual es un derecho subjetivo... Los derechos de carácter personal, son los morales... que son intransmisibles e irrenunciables, es decir, de ejercicio personalísimo por el autor, afectan en exclusiva a su persona”⁶⁰. Es decir, mantienen o justifican la propiedad intelectual como un derecho fundamental de la persona que estaría protegido dentro del art. 20 de la CE y no en el art. 33 de la Carta Magna como defiende Bercovitz, entre otros, al diferenciar entre la libertad de creación y producción y el derecho sobre lo creado o producido⁶¹.

La primera diferencia de la actual Ley con respecto a las anteriores la encontramos ya en su primer artículo: “*La propiedad intelectual de una*

⁵⁹ Marco Molina. I. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op cit Pág 176

obra literaria, artística y científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación”.

Aquí se plantea el reconocimiento del autor que crea la obra, no es preciso ningún trámite ni requisito administrativo para que se dé el reconocimiento, tal y como ocurría en las leyes anteriores. Recordemos que la Ley de 1.879 exigía el registro de la obra para el reconocimiento de sus derechos al autor. No ocurre lo mismo en el momento actual, el derecho del autor sobre su obra nace en el mismo momento que éste la crea: “la propiedad intelectual nace y se adquiere plenamente por el autor desde el momento mismo en que existe la obra. Ello implica que, a partir de ese momento, puede ejercer todas las facultades propias del derecho en los términos previstos por la Ley”⁶².

El autor es, por tanto, el titular originario de la propiedad intelectual, que consigue únicamente por medio de la creación. En palabras de Carrasco Perera “el acto de creación no es sólo el único modo de adquirir derechos de propiedad con carácter originario, sino el único modo válido de adquirir propiedad intelectual con carácter pleno”⁶³.

Para este autor, no hablamos sino de un “predicativo real”, no se puede heredar la condición de autor, no es por tanto un derecho sino una cualidad, una condición a la que no puede renunciar y que a él corresponde como creador de la obra, otra cosa es que el reconocimiento de la condición de autor si sea un derecho reconocido además en el art. 14.3 de la LPI,

⁶² Bercovitz, R. Sobre el art. 1 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 25.

⁶³ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 5 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 105.

dentro de la facultad moral de los autores: “*Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra*”.

El autor es “*la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica*” (art. 5.1), y es su creación la que le otorga el calificativo de autor, si bien hay que tener en cuenta que la protección que otorga la Ley solo le vendrá al autor en la medida que su obra forme parte de las creaciones originales que la LPI establece en su art. 10: “lo que tiene de creación un determinado producto del ingenio consiste en adecuarse a alguno de los tipos enumerados en el art. 10 (...). O con otras palabras, la materialización de una información en una forma concreta que corresponda a alguno de los tipos de obras protegidos en el art. 10”⁶⁴.

2.3.2.- La noción de obra protegida en la Ley española.

La propia Ley delimita las obras que estarán bajo su amparo en el art.10, donde habla de “*Creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas...*”

Reiteramos de nuevo que hablamos de bienes inmateriales, de ideas, pero ideas expresadas, cuestión ya referida anteriormente con palabras de Lacruz Berdejo y que es compartida por Rodríguez Tapia⁶⁵: “...hay que afirmar que la idea es protegible en la LPI si está expresada, hay cierto

⁶⁴ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 5 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 106.

⁶⁵ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 54.

grado de complejidad y es original. Lo que no se protege es la idea en la mente, primaria (...) o la falta de originalidad”.

La LPI de 1.987 habla en su art. 10 de *creaciones originales literarias, artísticas y científicas*, categoría de obras que, en el caso español, proviene de la ley anterior, la de 1.879, que afirmaba en su artículo primero: “*La propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta ley, las obras científicas, literarias o artísticas que pueden darse a la luz por cualquier medio*”. Cabe destacar que la ley alemana de 1.965 utiliza esta misma categoría al hablar de obras de la literatura, las ciencias y el arte, mientras que la ley francesa del año 57 solo hace referencia a obras intelectuales y del espíritu⁶⁶.

Tal y como está referido el art. 10, debe entenderse que hablamos de creaciones humanas, no siendo obras protegibles las realizadas por un animal, la naturaleza o una máquina, “el término creaciones hace alusión a la intervención humana, descartándose, por tanto, las creaciones espontáneas de la naturaleza, de una máquina fuera de control o de un animal que mancha con su pata un lienzo”⁶⁷.

Como es lógico pensar, sí son protegibles por la LPI las obras realizadas por una persona humana en las que haya utilizado elementos de la naturaleza, o lo producido por una máquina.

⁶⁶ Bercovitz, R. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 158.

⁶⁷ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 54.

Hablamos en todo caso de creaciones que deben ser originales, éste será uno de los requisitos que habrá de cumplir la obra para ser protegida; creaciones originales que “aporten algo distinto y se diferencien en algo de lo ya existente (...), es la originalidad, precisamente, lo que atribuye propiedad al autor sobre su creación”⁶⁸.

Bercovitz defiende que esa originalidad o novedad en la obra ha de ser objetiva, “que debe apreciarse en el momento de su creación”⁶⁹. La contrapone a la originalidad subjetiva, “la que explica que una creación tenga su origen en una persona humana y es expresión de su personalidad, talento o inventiva, aunque no revista caracteres objetivos, originalidad”⁷⁰. Una originalidad subjetiva por la que se inclinan Rivero⁷¹ y Marco Molina⁷².

La novedad objetiva debe tener una relevancia mínima, ya que no se protege lo que es patrimonio común, sino que va a depender del tipo de obra de que se trate, “esa novedad puede radicar o en la concepción de la obra o en su ejecución o en ambas fases de su realización”⁷³. Se trata de una novedad u originalidad que permite diferenciar esa creación de las demás y que también es defendida por Rodríguez Tapia como la que debe existir para que una obra sea protegible por la LPI⁷⁴.

⁶⁸ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Op. cit. Pág. 55.

⁶⁹ Bercovitz, R. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 160.

⁷⁰ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 55.

⁷¹ Rivero Hernández, F. *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 435.

⁷² Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 349.

⁷³ Bercovitz, R. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 160.

⁷⁴ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 56 y ss.

De forma contraria se expresa Galán Corona, quien, por su parte, defiende que la originalidad protegible ha de ser subjetiva, ya que ha de reflejar la personalidad del autor. Afirma que eso es lo que distingue la obra protegible por los derechos de autor de la que es protegible por el derecho de patente: “mientras que para ésta es una exigencia de carácter objetivo y ámbito mundial (...), la originalidad requerida por el derecho de autor, al menos en su concepción tradicional, presenta una caracterización subjetiva en cuanto que se entiende como que la obra refleje la personalidad del autor, su impronta personal...”⁷⁵.

Para Bercovitz la exigencia de novedad subjetiva puede dar lugar a la confusión y la incertidumbre. Si bien considera que parte de la doctrina defiende esa originalidad subjetiva, afirma que ésta “sería la garantía de la singularidad, en la medida en que en la misma quedase recogido algún aspecto del espíritu o personalidad del autor”, pero establece este autor que “en términos relativos son pocas las obras en las que se percibe en algún grado la personalidad del autor. Distinto es que las obras sean expresión de la persona que las concibe y realiza”⁷⁶.

A pesar de ello, la originalidad subjetiva es defendida por la mayoría de los autores, tal y como lo muestra el Derecho Comparado⁷⁷. En el caso de la doctrina francesa, Desbois afirma que la “originalidad posee carácter subjetivo” y Colombet entiende la originalidad como el “sello de la personalidad del autor que se estampa en su obra”. El suizo Troller destaca

⁷⁵ Galán Corona, E. Sobre el art. 3 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 58.

⁷⁶ Bercovitz, R. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 160.

⁷⁷ Fernández-Nóvoa, C. *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Homenaje da Facultade de Dereito ó autor dr. Carlos Fernández-Nóvoa nos XXV anos de Cátedra. Universidad de Santiago de Compostela, 1.989. Págs. 255 y ss.

que una obra es original cuando tiene su origen en el espíritu de su autor y, la doctrina alemana defiende por boca de Von Gamm que “la obra debe ostentar el sello personal de su autor, que es lo que le permite diferenciarse frente a otros preexistentes”. Para Nimmer la obra ha de reunir dos requisitos: ser el resultado de esfuerzos independientes del autor y representar una variación distingible frente a las obras anteriores.

Además de creaciones originales, para su protección, las obras han de cumplir el requisito de ser expresadas *por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...*

Es decir, la obra ha de ser exteriorizada, ha de ser perceptible para el público para que pueda formar parte de las obras protegidas por la Ley. En palabras de Rodríguez Tapia “no se requiere que la obra se fije, sino que se exprese (...) Es el argumento, el plan de obra, es la idea la que se protege si ha sido expresada en una obra o creación perceptible por los sentidos de la vista, el oído o el tacto”⁷⁸.

Cabe resaltar que, si bien el art. 5.1 habla del autor como *persona natural*, en su segundo párrafo afirma que de la protección de la ley *podrán beneficiarse personas jurídicas*, cuestión criticada por autores como Carrasco Perera al afirmar que “si la autoría se determina a través de un acto de creación, aquello no puede corresponder a una persona jurídica (...). La cualidad de autor no es un atributo comunicable a la persona jurídica, ni tan siquiera por parte de quien orgánicamente la representa”⁷⁹.

⁷⁸ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 56.

⁷⁹ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 5 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 105

En los mismos términos se declara Rodríguez Tapia⁸⁰, afirmando que solo la persona natural puede ser autora, otra cosa es que una entidad o persona jurídica pueda ser titular de los derechos de propiedad intelectual, pero nunca autora, razonando que tal afirmación del legislador en el Texto Refundido de la LPI de 1.996 es consecuencia de querer adaptar el ordenamiento español a las directrices europeas.

Tanto el art. 5 como el art.6 se refieren a la presunción de autoría, ya que se presume autor *quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique*. No se habla, por tanto, de atribución de derechos sino de quien es el autor de la obra. En caso de que la obra sea divulgada de forma anónima, seudónima o a través de algún signo *“el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que lo saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad”* (art.6). Con ello se pretende proteger uno de los derechos morales del autor destacado en el art. 14.2: *“determinar si la divulgación de la obra ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente”*.

En caso de obra anónima o seudónima, Carrasco Perera afirma que la persona que saque la obra a la luz, con el consentimiento del autor, estará legitimado para defender y ejercitar facultades morales y patrimoniales de la obra; en el caso de las primeras, estará legitimado para defender la integridad de la obra, modificarla y retirarla, siempre y cuando no se dañe al

⁸⁰ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 2 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pag. 36 y ss.

autor y el derecho de acceso, aunque considera que éste último “es difícil que se plantee, pues hablamos de obras divulgadas”⁸¹.

Por su parte, Rodríguez Tapia establece, en este caso, que al divulgador correspondería también el ejercicio del derecho de paternidad de la obra, de retirada y el derecho de acceso⁸².

Por lo que respecta a facultades patrimoniales, Carrasco Perera atribuye al divulgador de la obra anónima o pseudónima el ejercicio del derecho de participación (art. 24), el derecho de remuneración por copia privada (art. 25) y el cobro de las remuneraciones a las que tiene derecho el autor⁸³.

Hablamos de una presunción de autoría que incluye todo tipo de obras protegidas “ya sean originales (en sentido cronológico) ya se trate de transformaciones; obras individuales o en colaboración y colectiva”⁸⁴.

El reconocimiento de un único derecho pero con dos vertientes o facultades, moral y patrimonial, otorga al autor la plena disposición de la obra, así como la titularidad de los derechos de explotación sobre la misma, “sin más limitaciones que las establecidas por la propia ley” (art. 2).

Nos referimos a unos derechos que, tal y como queda establecido en el art. 3, son independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y

⁸¹ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 6 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 121.

⁸² Rodríguez Tapia, J.M. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1.992. Pág. 102.

⁸³ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 6 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 121.

⁸⁴ Ídem, pág. 115.

otros derechos que tienen por objeto la cosa material, con derechos de propiedad industrial y con aquellos derechos que se reconocen en el Libro II de la ley.

Hablamos de bienes inmateriales que necesitan ser expresados o exteriorizados para su reconocimiento jurídico, es decir, a través de un soporte o medio. Evidentemente hablamos de objetos diferentes: “el bien inmaterial en sí, esto es en nuestro caso la obra literaria, artística o científica; y el soporte o medio, esto es, la cosa material en que se plasma el bien inmaterial”⁸⁵. Distintos objetos, uno inmaterial sobre el que recae la propiedad intelectual y un objeto material regulado por la propiedad ordinaria.

A pesar de ello, los derechos recaídos sobre ambos objetos son compatibles, pueden ir de la mano, pero a su vez son independientes, es decir, la persona que compra un libro tiene derecho sobre ese ejemplar, derecho de propiedad sobre ese objeto material pero, evidentemente, con su compra no adquiere ningún derecho de explotación sobre la obra. Por su parte, el titular del soporte a que se incorpora la obra, y a quien el autor ha cedido los derechos de explotación, está obligado a respetar la integridad de la obra que se le entrega (art. 14.4).

Podríamos decir que los derechos de autor sobrevuelan los derechos del titular del soporte o del ejemplar, según el caso, ya que el autor tiene derecho a *modificar la obra* (art. 14.5), *retirarla del comercio* (art. 14.6) y *acceder al ejemplar único* (art. 14.7), si bien en este último caso la LPI

⁸⁵ Galán Corona, E. Sobre el art. 3 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 42.

faculta al autor a acceder al ejemplar único o raro, pero el autor no puede ejercer derechos pues ya no los posee.

El titular del soporte no solo está limitado por el ejercicio de las facultades morales del autor, sino también por las patrimoniales, “el propietario del soporte no podrá reproducir la obra incorporada al mismo, produciendo copias o nuevos ejemplares, facultad que compete al autor o sus causahabientes”⁸⁶; en cuanto al derecho de distribución, éste se agota con la primera venta y, sobre el derecho de transformación, si bien cualquiera puede transformar una obra, será preciso el consentimiento del autor de la obra preexistente para la explotación de la transformada (art. 17).

2.3.3.- Los derechos de propiedad intelectual y los derechos de propiedad industrial.

La propiedad intelectual y los derechos de ella derivada son compatibles, independientes y acumulables con los que derivan de la propiedad industrial.

Hemos dicho que otros ordenamientos incluyen los derechos de autor, la propiedad industrial e incluso el *copyright* dentro de una categoría amplia llamada Propiedad Intelectual, mientras que en España ésta se corresponde simplemente con los derechos de autor. Nos referíamos también al Convenio de Estocolmo de 1.967, en el que se incluían dentro de la Propiedad Intelectual tanto lo referente a creaciones literarias, artísticas o científicas, como a producciones industriales, invenciones en todos los campos...

⁸⁶ Galán Corona, E. Sobre el art. 3 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 50.

Sin embargo, estamos de acuerdo con Galán Corona en la consideración de que es difícil reconducir a la misma categoría propiedad intelectual e industrial, a pesar de tener en común que su objeto son bienes inmateriales, son tutelados por derechos en exclusiva y están territorialmente limitados⁸⁷.

A pesar de las semejanzas, las diferencias entre ambas son considerables: la propiedad industrial necesita una concesión administrativa para ser reconocida, mientras que la propiedad intelectual corresponde al autor por el hecho de crear (art. 1 LPI). Para M. Goldstein “el derecho de autor nace siempre por el solo hecho de la creación, mientras que la propiedad industrial surge cuando un acto del poder público declara esta calidad y, en consecuencia, el aspecto patrimonial es más trascendente que el derecho moral del creador”⁸⁸; además, la protección a la propiedad industrial “se extiende a la idea que constituye el objeto de las distintas modalidades (...). El derecho de autor no confiere un monopolio sobre una idea, ésta es libre y la exclusiva otorgada se reduce a la forma expresiva utilizada”⁸⁹. En cuanto a la finalidad de ambas actividades, la propiedad industrial protege la actividad empresarial, mientras que el derecho de autor busca el fomento de la cultura y su protección, otorgando para ello un amplio derecho sobre su obra que emana de su espíritu y personalidad.

Además, la Ley de Patentes otorga al titular un derecho durante 20 años, mientras que el autor lo conserva durante toda su vida y setenta años

⁸⁷ Galán Corona, E. Sobre el art. 3 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 55.

⁸⁸ Goldstein, M. *Derechos editoriales y de autor*. Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 1.998. Pág. 238.

⁸⁹ Galán Corona, E. Sobre el art. 3 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 55.

tras su fallecimiento para sus herederos o causahabientes antes de caer en el dominio público.

La Ley de Patentes del año 86 establece en su art. 4.1 que son patentables: “*Las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de actividad industrial*”. Exigen las patentes novedad, pero una novedad distinta a la que se exige para las creaciones intelectuales; en las primeras, ésta es de carácter objetivo y de ámbito mundial, mientras que en el derecho de autor la originalidad es entendida en el sentido de “que la obra refleje la personalidad del autor, su impronta personal”⁹⁰, es decir hablamos de una novedad o una originalidad subjetiva, cuestión ya tratada anteriormente y en la que no todos los autores coinciden.

A pesar de las diferencias entre ambas categorías, sobre una obra pueden recaer ambos derechos. Aunque la Ley de Patentes excluya como objeto suyo “*obras literarias, artísticas u otra creación estética, así como las obras científicas*”(art. 4º.2 de la Ley de Patentes del año 86), ello no quiere decir que si éstas tiene un carácter industrial no puedan ser patentadas, “quiere decirse con ello que, en tanto en cuanto la regla para el obrar del hombre, reivindicado en la solicitud de la patente sea la mera creación estética, queda excluido del ámbito de la patente, pero la producción de un efecto estético, la creación de una obra tutelada por el derecho de autor, no implica la ausencia de la protección del derecho de patentes si es el resultado de la aplicación de las leyes de la naturaleza y concurren los demás requisitos precisos para la obtención de la patente”⁹¹.

⁹⁰ Galán Corona, E. Sobre el art. 3 en *Comentarios a la LPI* . Op. cit. Pág. 57.

⁹¹ Galán Corona, E. Sobre el art. 3 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 58.

Esta compatibilidad también se produce en el momento en que sobre la obra pueda recaer un modelo de utilidad (art. 143 y ss. de la Ley de Patentes), o bien si la obra puede constituir marca, siendo necesario en todo caso el consentimiento o autorización del titular de tal derecho (art. 13. de la Ley de Marcas).

Lo mismo ocurre al hablar de dibujos industriales. Para Galán Corona, “una creación estética, en tanto reúna los requisitos exigidos por la LPI y el Estatuto de la Propiedad Industrial puede gozar simultáneamente de la protección ofertada por el derecho de autor y el derecho de propiedad industrial para las obras y los modelos y dibujos industriales, respectivamente”⁹². De la misma opinión es Bercovitz, al considerar que en los modelos y dibujos industriales hay concurrencia de propiedad intelectual e industrial⁹³. En contra opina Otero Lastres, para quien la altura creativa es lo que diferencia el modelo industrial y el creativo⁹⁴.

2.3.4.- El derecho moral de los autores.

Hemos afirmado ya en repetidas ocasiones que, tal vez uno de los aspectos más importantes de la actual Ley de Propiedad Intelectual es que, por primera vez, se produce el reconocimiento expreso y la regulación detallada del contenido de los derechos morales del autor en una ley de este tipo, desarrollados en la sección 1ª del Capítulo III del Primer Libro, y delimitados a lo largo del artículo 14.

⁹² Galán Corona, E. Sobre el art. 3 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 62.

⁹³ Bercovitz, R. Sobre el art. 10 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pags. 182/183.

⁹⁴ Otero Lastres, J.M. *El modelo Industrial*. Montecorvo. Madrid, 1.977. Págs. 400 y ss.

A pesar de ello, es preciso matizar, tal y como observa Rodríguez Espín⁹⁵, que ese reconocimiento aparece por primera vez en la legislación española con motivo de la Ley 17/1.966 del 31 de marzo, reguladora de los derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas. Ley que reconoce en su art. 4º.3 el derecho de los autores de este tipo de obras a *“exigir, tanto en la realización como en la exhibición, el respeto a su aportación pudiendo perseguir las alteraciones sustanciales que se lleven a cabo sin su autorización, así como los demás actos que atenten contra su derecho moral de autor”*.

Ese conjunto de facultades que integran el derecho moral del autor han sido contempladas tradicionalmente en la doctrina continental por contra a lo que sucede en la doctrina anglosajona que, como ya hemos dicho anteriormente, dedica su atención a las facultades patrimoniales, olvidándose de las morales.

En Estados Unidos, el derecho moral del autor no es protegido como tal, si bien la adhesión de este país a la Convención de Berna en el año 88 está provocando ya cambios en los distintos Estados, algunos de los cuales como California o Nueva York han adoptado legislaciones encaminadas a proteger las facultades morales de los autores.

A nivel europeo, en el Dictamen sobre el Libro Verde “Los derechos de autor y los derechos afines a la Sociedad de la Información”, el Consejo reafirma la importancia de los derechos morales de los autores, destacando entre ellos el derecho a exigir que se reconozca su autoría, a que sus obras

⁹⁵ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 216.

no sean modificadas sin su consentimiento y a no ser tratado de un modo ofensivo. Por su parte, el Comité Económico y Social establece que como consecuencia del tráfico entre los países, es preciso más que nunca exigir una armonización sobre dichas cuestiones⁹⁶.

Hemos afirmado ya que la Ley española contiene una visión unitaria de los derechos de autor, es decir, conformada por facultades morales y patrimoniales.

Sobre la delimitación del derecho moral hay, sin embargo, dos opiniones; la primera de ellas lo entiende como un derecho de la personalidad del autor, es decir, la obra es protegible en cuanto es una emanación de la personalidad del autor, uniéndola a las nociones de honor y reputación, opinión defendida por autores como Castán Tobeñas y Pérez Serrano⁹⁷.

La segunda de las nociones es contraria a integrar el derecho moral de los autores dentro de los derechos de la personalidad por entender que no posee la característica fundamental de este tipo de derecho, que es la esencialidad. Rodríguez Espín remite a la sentencia del TS de 9 de diciembre de 1.985, sobre la demanda realizada por el escultor Pablo Serrano, para defender esta tesis. Se centra en el considerando 3º de la sentencia en el que se sostiene que: “el derecho de autor no es un derecho de la personalidad porque carece de la nota indispensable de la esencialidad,

⁹⁶ DOCE 96/C 97/03, de 1 de abril de 1.996.

⁹⁷ Pérez Serrano. *El derecho moral de los autores*. ADC, 1.949. Págs. 12 y ss. Castán Tobeñas. *Los derechos de la personalidad*. RGLJ, Julio / Agosto / Septiembre, 1.955. Pág. 59.

pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor, y conlleva la necesidad de la exteriorización”⁹⁸.

Hay que tener en cuenta que los derechos de la personalidad guardan relación con el aspecto humano de las personas mientras que el derecho de autor se relaciona con el hecho de la creación, “el carácter de esencialidad que se predica de los derechos de la personalidad no puede atribuirse al derecho de autor, pues este derecho no es innato a todo ser humano por el mero hecho de serlo, sino que requiere la creación de una obra”⁹⁹.

El art. 14 de la LPI comienza afirmando, antes de relatar el contenido de los derechos morales, que “*Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables...*”, características que son consecuencia de su carácter extrapatrimonial e indisponible.

Hablamos de derechos inalienables, porque no pueden ser transmitidos por el autor ni de forma gratuita ni onerosa, es decir, están fuera del tráfico económico; e irrenunciables, carácter que también se predica de algunas facultades patrimoniales, caso del art. 24 al hablar de los derechos de participación de los autores de artes plásticas, afirmando en su apartado 3: “*el derecho establecido en el apartado 1 de este artículo es irrenunciable...*”, del art. 25 de la LPI sobre el derecho de remuneración por copia privada y del art. 55: “*Salvo disposición de la propia Ley, los beneficios que se otorgan en el presente Título a los autores y a sus derechohabientes serán irrenunciables*”.

⁹⁸ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 218.

⁹⁹ Ídem, pág. 218.

Los derechos morales que el autor posee son además inembargables: “pueden embargarse los frutos o productos que derivan de la explotación pero no el derecho moral”¹⁰⁰, tal y como queda además reflejado en el art. 53.2 de la LPI: *“Los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos, que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable”*.

Hablamos de facultades perpetuas que, si bien no están reconocidas como tales de forma expresa, se deriva de los art. 15.1 y 16 de la LPI; y son además imprescriptibles, es decir, no se pierden por el hecho de no ejercerlas. Rodríguez Espín señala además el carácter no absoluto del derecho moral, en el sentido de que los tribunales pueden controlar el uso abusivo de dichos derechos por parte del autor.

Sin embargo, y por lo que respecta a la duración temporal de los derechos morales, Fernández-Nóvoa manifiesta que la extensión temporal de dichas facultades da lugar a tres categorías de derechos de carácter personal: la primera de ellas estaría conformada por derechos que subsisten a perpetuidad (art. 14.3 y 14.4: reconocimiento de la autoría y respeto a la integridad de la obra, respectivamente); una segunda categoría estaría formada por los derechos que perduran setenta años desde la muerte del autor, es decir, decidir acerca de la divulgación de la obra y si ésta ha de hacerse de modo anónimo, bajo pseudónimo o signo o con su nombre (arts.

¹⁰⁰ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 219. De la misma opinión se muestra la profesora Goldstein: “estas formas del derecho moral son inalienables, irrenunciables, inembargables, inejecutables e inexpropiables a favor del autor y, más allá de la negociación que hubiera efectuado sobre su obra, son consideradas normas absolutas e inherentes a su persona, por tanto, inderogables por acuerdo de partes. *Derechos editoriales y de autor*. Op. cit. Pág. 236.

14.1 y 14.2) y, una tercera categoría donde incluye los derechos que se extinguen con el fallecimiento del autor (modificación de la obra, derecho de retirada y acceso al ejemplar único) recogidos en el art. 14, párrafos 5, 6 y 7¹⁰¹.

Esta clasificación lleva a Fernández-Nóvoa a afirmar que las diferencias en el orden temporal de los derechos morales reflejan la influencia de teorías monistas y dualistas en la concepción española del derecho de autor defendiendo que “los derechos contenidos en el art. 14.1 y 14.2 se apoyan en la teorías monista y el 14.3 y 14.4 descansan sobre la teoría dualista del derecho de autor”¹⁰².

Para mantener tal afirmación se apoya en el hecho de que la teoría monista entiende que derechos patrimoniales y morales están unidos de una forma inescindible en el derecho de autor, por lo que ambos tienen la misma duración; por su parte, la teoría dualista los entiende como derechos independientes entre sí, de lo que derivaría que el derecho moral debe ser protegido sin ningún tipo de limitación temporal.

Para autores como Rams Albesa “el ámbito de poder que encierran los derechos morales impide que cualquier persona (ya sea cesionaria de derechos o un tercero cualquiera) invada, desconozca o perturbe la titularidad que sobre la obra corresponde al autor, con independencia de los derechos de explotación de los que sean titulares personas distintas a él (...).

¹⁰¹ Fernández-Nóvoa, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial. Tomo XII, 1.987-1.988. Universidad de Santiago de Compostela. Pág. 21. Por su parte, Botana Agra tilda de exagerada dicha clasificación al afirmar que “no debe extremarse hasta el punto de considerar que ambos tipos de derechos surgen y se desenvuelven en planos paralelos e incommunicados”. *Los derechos de explotación de la obra de autor en la Ley española de propiedad intelectual...* Pág. 38.

¹⁰² Fernández-Nóvoa, C. *El derecho moral de los autores*. Op. cit. Pág. 21.

Nadie distinto del autor podrá ser propietario pleno de la obra porque no es susceptible de apropiación integral, al quedar siempre en la esfera del autor los derechos morales”¹⁰³.

El art. 14. señala un total de 7 “poderes”, si se nos permite la expresión, reservados al autor y con todas las características antes reseñadas.

El primero de ellos es el derecho de divulgación, recogido en el apartado 1 de dicho artículo: “*Corresponde al autor decidir si su obra ha de ser divulgada y su forma*”. El artículo 4 nos define la divulgación de una obra como aquella realizada con consentimiento del autor y que pone la obra en conocimiento del público por primera vez en cualquier forma, definición completada con la de publicación, que es la divulgación realizada por medio de la puesta a disposición del público de ejemplares de la obra.

Se trata de una distinción que no aparece en todos los ordenamientos, y que tampoco tiene precedente en la legislación española anterior donde solo aparecía el término publicación. Sí existe en el caso de la ley alemana de 1.965 que diferencia entre “hacer público” (divulgación) y “obra publicada” (publicación)¹⁰⁴.

Otros ordenamientos manejan solamente el término publicación, si bien dependiendo de los casos manejan una definición amplia o restrictiva.

¹⁰³ Rams Albesa en Comunicaciones EDESA, pág. 307. Citado por Fernando Bondía en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 69

¹⁰⁴ Rivero Hernández, F. Sobre el art. 4 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 69.

En el primer caso puede situarse la legislación italiana, que incluye dentro del término todos los modos de comunicación de la obra al público. La Ley americana 19 de octubre de 1.976 también presenta una noción amplia del concepto.

En el lado contrario, es decir, con un visión restrictiva del término publicación, se encuentra la legislación inglesa para la que la publicación solo engloba la puesta en circulación de la obra por medio de la edición.

Este planteamiento se repite en los países de influencia anglosajona, caso de la India, Pakistán o Australia y era compartida por USA antes de la aprobación de la antes citada Ley de 1.976.

Rivero Hernández¹⁰⁵ señala además otro tipo de ordenamientos, como es el caso del francés, en los que, si bien no hay una definición legal de publicación, la jurisprudencia la ha entendido e interpretado de una manera amplia, englobando toda forma de comunicación al público de la obra sea cual sea el procedimiento utilizado.

Se trata de una facultad, la de divulgación, exclusiva. Solo el autor puede determinar cuándo, cómo y dónde la obra será divulgada. Es, pues, un derecho que “tiene en nuestro ordenamiento una naturaleza personal, a diferencia de aquellas legislaciones que lo integran entre los derechos patrimoniales”¹⁰⁶. Representa además la manifestación inequívoca de que el autor adquiere la propiedad sobre su obra por el solo hecho de su creación¹⁰⁷, tal y como establece el primer artículo de la ley.

¹⁰⁵ Rivero Hernández, F. Sobre el art. 4 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 69.

¹⁰⁶ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 221.

¹⁰⁷ Fernández-Novoa, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial. Op. cit. Pág. 22.

Rodríguez Espín considera que éste es el derecho primario “en el sentido de que es anterior al resto de derechos morales y sobre todo a los patrimoniales(...). Con anterioridad al ejercicio de este derecho la obra forma parte de la personalidad del autor y, por tanto, está excluido de explotación económica”¹⁰⁸.

En palabras de Rivero “el derecho a divulgar o no divulgar la obra es expresión de la autonomía individual y expresión de la libertad del autor, que la entrega al público y crítica cuando la cree acabada”¹⁰⁹.

Este autor establece seis requisitos que han de darse para llevar a cabo la divulgación de forma lícita.

El primero sería el de la exteriorización o expresión de la obra, es decir, la obra ha de salir del entorno personal del autor para trasladarla a la sociedad, la LPI no protege ideas, sino las ideas expresadas, transmitidas por el autor al público.

La obra ha de ser además accesible, “accesibilidad quiere decir aquí posibilidad de percepción. Toda esa expresión en cualquier forma va orientada y adquiere sentido en función de su percepción o perceptibilidad por la sociedad, por otros”¹¹⁰.

Rivero Hernández considera además que “no basta una proyección o lanzamiento hacia los otros, sino que ha de hacerse pública, accesible al

¹⁰⁸ Fernández-Nóvoa, C. *El derecho moral de los autores*. Op. cit. Pág. 222.

¹⁰⁹ Rivero Hernández, F. Sobre el art. 4 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 71.

¹¹⁰ Rivero Hernández, F. Sobre el art. 4 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 79.

público: a los otros; públicamente”¹¹¹. Si no hay publicidad de la divulgación, ésta no existe.

La divulgación es además única e irrepetible, es decir, una vez que se “ha producido la obra queda divulgada para siempre”, no puede volver a darse. Para que sea efectiva y se lleve a cabo será preciso el consentimiento del autor, que podrá realizarla en la forma que considere más oportuna, con tal de que llegue al público.

Autores como Bondía Román critican, sin embargo, que la LPI permita que este derecho aparezca, en determinados casos, debilitado. Se trata de aquellas obras que son resultado de la actividad creativa de varias personas o de obras que se realizan mediante un contrato precedente.

Para este autor, “cabría pensar que, en todas estas situaciones, el derecho a decidir la divulgación no queda por completo en manos del autor y que, por consiguiente, la predicada irrenunciabilidad e inalienabilidad del derecho moral queda en entredicho”¹¹².

Para terminar, cabe precisar que el término divulgación debe reducirse al ámbito del derecho moral, que se agota en la primera comunicación de la obra por lo que, a partir de ella, será preciso hablar de comunicación pública o de publicación para aludir a las facultades patrimoniales.

Se trata además de una facultad que se asienta sobre una concepción individualista del derecho de autor, ya que solo él decide cuando ésta se

¹¹¹ Rivero Hernández, F. Sobre el art. 4 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 80.

¹¹² Bondía Román, F. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 72.

lleva a cabo. Fernández-Nóvoa manifiesta que “es inmanente a la concepción individualista el que el ordenamiento jurídico recompensa al autor por el solo hecho de la creación de la obra. Para que el autor reciba el premio consistente en la concesión del derecho de propiedad intelectual, no es preciso que divulgue la obra con el fin de enriquecer el patrimonio cultural; antes al contrario, el ordenamiento jurídico otorga al autor precisamente la facultad de decidir si la obra va a ingresar o no a través de la divulgación en el acervo cultural común”¹¹³.

Carácter individualista que, según dicho autor, se ve reforzado por el hecho de atribuirse a los herederos del autor y a las Instituciones Públicas el derecho a mantener la obra inédita tras el fallecimiento del autor, respetando, eso sí, el art. 44 de la Constitución.

Para Rodríguez Espín, “la divulgación, en su vertiente negativa, tiene por función proteger al autor contra divulgaciones in consentidas de su obra. El derecho de inédito expresa el señorío absoluto que tiene el autor sobre su obra, durante el período anterior a su divulgación”¹¹⁴.

El derecho de divulgación es absoluto para el autor y, tras su fallecimiento, pasa a sus herederos si la obra no ha sido divulgada. Para éstos, sin embargo, no será un derecho absoluto, en el sentido que si los herederos deciden no proceder a la divulgación y esa decisión perjudica a la cultura, ciencia..., tal y como establece el art. 44 de la Constitución Española, tanto el Estado, las Comunidades Autónomas, Corporaciones...

¹¹³ Fernández-Nóvoa, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial. Op. cit. Pág. 22.

¹¹⁴ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 223.

podrán pedir la divulgación de la obra, siendo el juez el que deba dictaminar, tal y como se recoge en el art. 40 de la LPI.

El derecho de paternidad que corresponde al autor, aparece delimitado en los puntos 2: “*determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo pseudónimo o signo, o anónimamente*” y 3: “*exigir el reconocimiento de su condición de autor*” del art. 14.

Se trata de un derecho con dos vertientes: la positiva encaminada a reclamar el reconocimiento de la autoría frente a quienes se presentan como autores y, una vertiente negativa, que puede llevar al autor a no revelar su identidad u ocultarla bajo otro signo sin tener que dar razones para tal decisión.

Es decir, el autor puede, por razones de índole familiar, políticas, sociales, por suscitar curiosidad o buscar una crítica objetiva, decidir que la obra salga a la luz de forma anónima o pseudónima. En este caso, hay un hecho jurídicamente relevante ya que la propiedad intelectual no será entonces ejercida por el autor, pues tendría que revelar su identidad, sino por la persona natural o jurídica que la saque a la luz, con el consentimiento del autor; es, por tanto, “un representante del autor quien ejerce los derechos tanto personales como patrimoniales a los que el autor solo puede poner fin revelando su identidad”¹¹⁵.

Hay además otra cuestión y es que, con respecto a la duración de los derechos de explotación, en caso de obra anónima o pseudónima, no será de

¹¹⁵ Fernández-Nóvoa, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial. Op. cit. Pág. 28/29.

aplicación la norma general del art. 26, sino que su duración será de setenta años a partir de su divulgación lícita, mientras el autor no revele su identidad (art. 6.2 y art. 27 de la LPI). Una vez revelada la identidad del autor, será de aplicación al art. 26: *“Los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento”*.

A pesar de lo dicho, hay supuestos de renuncia a proclamar la paternidad de la obra, ello ocurre en los contratos de arrendamiento de obras o de servicios o por exigencias de la naturaleza de la explotación. Hablamos de una cuestión que se plantea en los supuestos “de obras de encargo y de artistas o funcionarios ligados por contrato de trabajo donde es frecuente la publicación de trabajos con el nombre de la empresa”¹¹⁶.

Sin embargo, Rodríguez Espín se plantea si la paternidad puede ser objeto de contrato lícito, lo que considera contrario a las normas de orden público e interés moral. Además, hablamos de un derecho irrenunciable, tal y como afirma el enunciado del art. 14, por lo que la cesión por contrato de la paternidad de la obra impediría, precisamente, la defensa de ese derecho moral que corresponde al autor.

Sí está de acuerdo este autor en la posibilidad de una renuncia temporal y concreta, “el derecho en sí es inalienable, indisponible e irrenunciable, pero una manifestación concreta de ese derecho sí es disponible. No se permite la renuncia al derecho sino a un aspecto concreto del mismo(...). Por ello, no cabe una renuncia efectuada sin límite de tiempo

¹¹⁶ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 227.

o con alcance general (...) pero sí la disposición de una facultad concreta durante un tiempo limitado”¹¹⁷.

Hablamos, de todos modos, de un derecho calificado por Rodríguez Tapia como “perpetuo”, habiendo de respetarse incluso en obras que son de dominio público. Es decir, el autor habrá de ser reconocido como tal siempre y, por tanto, deberá aparecer como tal en la obra.

Por su parte, Fernández-Nóvoa destaca dentro de esta facultad de tipo moral una vertiente patrimonial al entender que “el reconocimiento visible de la conexión entre el autor y la obra puede repercutir sobre el prestigio o fama del autor incrementando, en consecuencia, las perspectivas de explotar no solo la obra concreta, sino también el conjunto de las restantes obras del autor”¹¹⁸.

El *derecho a la integridad de la obra* se plantea en el apartado 4 del artículo 14. Este derecho permanece en el autor, aún después de que la obra haya sido divulgada, vendida o autorizada su explotación; “la conducta infractora consiste en cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra la obra”¹¹⁹, siempre y cuando suponga un perjuicio a los intereses del autor o un menoscabo a su reputación.

Para que exista un atentado a este derecho moral debe haber una alteración de la obra y, a la vez, un perjuicio de los intereses del autor. Se

¹¹⁷ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 228.

¹¹⁸ Fernández-Nóvoa, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial. Op. cit. Pág. 30.

¹¹⁹ Bondía Román, F. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 77.

trata de dos requisitos fundamentales que deben darse paralelamente, pues la inexistencia de uno de ellos determina que no haya una actividad ilícita.

El respeto a la obra debe darse tanto en el fondo como en la forma: “la violación del derecho a la integridad puede producirse no solo por mutilación material de la obra, sino también por traicionar el pensamiento del autor, sin necesidad de cambio alguno en la forma de la obra”¹²⁰. Las excepciones a este derecho se encuentran en el art. 93, referido a obras audiovisuales y, en el art. 39 en el que se establece: “*No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original del autor*”.

El autor puede ejercer el derecho a la integridad de la obra frente a cualquier tercero: “tercero en sentido estricto o una persona a la que el autor ha concedido la autorización para explotar la obra”¹²¹. Sin embargo, es preciso matizar que la Ley española no regula ni establece los límites en los que puede moverse el cesionario en caso de ser precisa alguna modificación sobre la obra.

El siguiente de los derechos morales reconocidos en el art. 14 es el *derecho de modificación*, especificado en el punto 5: “*Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural*”.

¹²⁰ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 232.

¹²¹ Fernández-Nóvoa, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial. Op. cit. Pág. 34

Es diferente modificar que transformar, el primero supone un cambio en el contenido de la obra y en sus rasgos esenciales, mientras que la transformación es un cambio en lo que a la forma de la obra se refiere.

Tal y como reza el artículo, el autor deberá tener en cuenta dos limitaciones a la hora de modificar la obra, los derechos de terceros y el interés cultural.

Por lo que respecta a los cesionarios de derechos de explotación, cabe tener en cuenta que si ésta ya ha comenzado, el cesionario no exclusivo puede negarse a esa modificación por lo que el autor podrá igualmente desarrollarla y ceder su explotación a otro cesionario no exclusivo sin perjuicio del primero. Cuando el cesionario es exclusivo, éste puede aceptar la modificación, habida cuenta que los gastos habrán de ser costeados por el autor; o puede no aceptarla, por lo que el contrato será resuelto con una indemnización por daños y perjuicios¹²².

En el caso de que no haya comenzado la explotación, la obra no ha sido fijada definitivamente por lo que la modificación puede llevarse a cabo, pero también habrá que considerar el contrato ya firmado, de tal modo que si la modificación excede de lo previsto, el editor no está obligado a hacer frente a esos gastos que corresponderían al autor.

El segundo límite a tener en cuenta es la protección de bienes de interés cultural, cuyo fundamento está en la preocupación por la conservación de la cultura, cuya protección incumbe a los poderes públicos, según dispone el art. 44 de la Constitución Española.

¹²² Fernández-Nóvoa, C. *El derecho moral de los autores*. Op. cit. Pág. 236.

El art. 14.6 establece el derecho de : *“retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación...”*

Se trata de un derecho solo ejercible por el autor, tal y como establece el enunciado del artículo, ya que es una manifestación de la propiedad inmaterial y ésta es conservada siempre por el autor.

Si observamos otras leyes de propiedad intelectual, este derecho es reflejado del mismo modo en la Ley alemana de 1.965, así como en la italiana y en la francesa.

En palabras de Rodríguez Espín “todo contrato que implique cesión de los derechos de explotación podrá ser objeto del derecho de arrepentimiento”¹²³.

Sobre la posibilidad de que este derecho se ejerza cuando la obra ha visto la luz, autores como Caffarena Laporta o Rodríguez Tapia consideran que no es preciso que la obra haya sido divulgada. Otros autores como Rodríguez Espín o Desbois consideran preciso que haya existido divulgación, en el sentido de comunicación pública en cualquier forma, para que el autor pueda ejercer el derecho de arrepentimiento¹²⁴.

Para que el autor pueda ejercer este derecho es preciso un cambio en sus convicciones morales o intelectuales. La retirada estará condicionada al

¹²³ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 238.

¹²⁴ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 238.

pago de una indemnización previa y, además, en caso de que el autor quiera reemprender la explotación, habrá de ofrecerla al titular del derecho en unas condiciones similares a las ofrecidas la primera vez.

El último de los derechos morales contemplados en el art. 14 es el de *acceso al original por parte del autor: "acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de poder ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda..."*.

El reconocimiento de este derecho lo que viene a demostrar es que, a pesar de la enajenación, los derechos de explotación se conservan por parte del autor. Se trata de un derecho que puede ser invocado por el autor tanto para ejercitar derechos morales como patrimoniales y que aparece en la ley española de una manera mucho más amplia que en otros ordenamientos, caso de Alemania, Francia o Italia¹²⁵.

Se trata de un derecho normalmente aplicable a las obras de arte, si bien no es exclusivo de este tipo de obras. Tiene tres limitaciones: no será posible exigir el desplazamiento de la obra, el acceso ha de hacerse de la forma menos incómoda para el propietario de la obra y, en caso de que ésta resulte dañada, hay una obligación de indemnización al propietario.

2.3.5.- Los derechos de explotación.

Tras los derechos morales, la Sección Segunda del Capítulo III se ocupa de la formulación de los "derechos de explotación", tal y como

¹²⁵ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pag. 243.

establece la ley y no derecho de explotación con diferentes formas como recogía originariamente el art. 17. Dicha formulación tiene una clara influencia de la doctrina alemana no solo en lo que respecta al fondo sino también con respecto a la forma.

La Sección II del Capítulo III del Libro I de la LPI de 1.987 -TRLPI de 1.996- hace una formulación general de los “derechos de explotación” para seguir en los arts.18 y ss. con una explicación de las formas más habituales, a saber: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Esta formulación no tiene precedentes en la legislación española, así por ejemplo, la Ley de 1.879 prohibía en su art. 7 la reproducción de obras ajenas y se refería además a otras prerrogativas que correspondían a los autores, pero éstas no aparecían definidas ni en la Ley ni en el Reglamento de 1.880.

La Ley española tendrá su fuente principal en la Ley alemana de 1.965, la de mayor tradición en cuanto a la regulación de las formas de explotación y que, a su vez, tiene origen en la Ley de 1.901 (Literatururheberrechtsgesetz o LUG).

La LUG alemana nace con la intención de adaptar la legislación alemana a las directrices establecidas por la Convención de Berna de 1.886 y será la primera en adoptar el sistema del listado de las formas de explotación, contemplándolas como manifestaciones del derecho de autor, si bien no ofrece definición alguna de ellas.

La LUG terminará con la exclusividad de la imprenta en lo que respecta al derecho de reproducción, reconociendo al autor la facultad

exclusiva de reproducir su obra sea cual sea el procedimiento utilizado y fijando además que al autor corresponde no solo una pluralidad de ejemplares, sino la obtención del ejemplar único.

En cuanto al derecho de distribución, por primera vez se reconoce esta facultad como independiente del derecho de reproducción, apareciendo como una forma de explotación autónoma.

Con referencia al derecho de transformación, la LUG establece que el derecho de autor se refleja sobre transformaciones hechas sobre su obra por otros sujetos, que también adquieren el título de autores, pero que necesitan de la autorización del autor de la obra preexistente para explotar la suya.

El derecho de comunicación pública no aparece todavía con esta denominación en la LUG, pero sí la idea de forma embrionaria, ya que esta ley alemana habla de formas de explotación de carácter incorporal: aquellas en las que la obra se hace accesible al público sin recurrir a la obtención de ejemplares, si bien cita solamente el derecho de representación o ejecución pública, el de recitación o disertación pública y el derecho de proyección pública. El resto de modalidades aparecen por primera vez en la Ley de 1.965, así como la denominación “comunicación pública”.

La ley alemana de 1.965 (Urheberrechtsgesetz o UHrg), en lo que se refiere a las formas de explotación del derecho de autor, parte de un proyecto del año 1.954 (Referentenentwurf), seguido por el proyecto del año 63 y reflejado finalmente en la UHrg del año 65, salvo en tres puntos: esta ley decide no tomar partido entre la denominación de derechos o facultades de las formas de explotación, incluye por primera vez la definición de

“derecho de comunicación pública” y, por último, incorpora al derecho de autor el derecho de exposición pública¹²⁶.

La ley española de 1.987, como hemos dicho anteriormente, bebe en fuentes alemanas para la construcción y definición de las formas de explotación y, al igual que la ley germana, incluye primero un artículo genérico, el 17, en el que introduce las formas que desarrolla en los artículos siguientes. Pero para su desarrollo ambas leyes siguen una técnica diferente, así, mientras la ley alemana encuadra las formas de explotación en dos grandes áreas, según el carácter corporal o incorporeal de la explotación, la ley española “realiza una enumeración de la más importantes formas de explotación sin reconducirlas a previas categorías generales”¹²⁷.

El art. 17 establece que: *“Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación y transformación, que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los caso previstos en la presente ley”*.

Dicha formulación referida a la explotación de la obra *en cualquier forma* plantea a autores como Bondía Román¹²⁸ la pregunta de cuáles son esas otras formas además de las enumeradas por su nombre en dicho artículo. La respuesta la encuentran en los estudios de Marco Molina que resuelve el problema acudiendo a los límites de los derechos de explotación y que la ley regula en los arts. 31 a 40.

¹²⁶ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 209.

¹²⁷ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 211.

¹²⁸ Bondía Román, F. Sobre el art. 17 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 94.

En dichos artículos se establecen los supuestos en que la obra puede ser utilizada sin el consentimiento del autor, “de esos límites se desprenden dos grandes notas inherentes a toda actividad o forma de explotación: el carácter colectivo de la utilización de la obra y el carácter potencialmente lucrativo”¹²⁹. Es decir, en la medida que estas dos notas o una de ellas exista, estaremos ante una forma de explotación de la obra; en la medida que esas características no existan, tampoco existirá una explotación en los términos recogidos por la LPI.

A pesar de ello, consideramos, al igual que Marco Molina, que tal vez la nota definitoria más importante sea el carácter colectivo de la utilización de la obra. Si no se da este matiz no hay explotación, la obra no se hace accesible al público, aunque el problema se plantea al querer delimitar el término “el público”, pues en la LPI no hace ninguna referencia exacta a este término, salvo en el art. 20.1 donde alude a una pluralidad de personas que no forman parte de un ámbito doméstico.

Mantenemos que, tal vez, ese carácter colectivo es el aspecto más importante porque puede darse el carácter lucrativo y, sin embargo, no haber explotación económica de la obra. Una actividad de explotación es de naturaleza patrimonial, es, por tanto, “potencialmente lucrativa, es decir, puede generar beneficios, lo cual no impone que hayan debido producirse éstos en el caso concreto”¹³⁰. Nosotros podemos explotar una obra y ello no quiere decir que obtengamos beneficios.

¹²⁹ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 214.

¹³⁰ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 216.

2.3.5.1.- *El derecho de reproducción.*

La LPI española de 1.987 relata en sus arts. 18 y siguientes las cuatro formas de explotación referidas en el art. 17.

Así el art. 18 establece que *“se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella”*.

Este derecho, entendido como multiplicación u obtención de ejemplares de la obra, derivado de la aparición de la imprenta, fue considerado durante mucho tiempo como el principal derecho de propiedad intelectual; sin embargo, la formulación hecha por el art. 18 le da un nuevo significado, un nuevo concepto basado en el hecho de que la obra es fijada a un soporte material, a un soporte físico a partir del cual pueden obtenerse copias, pero esa obtención de copias no será ya un requisito imprescindible para que el derecho exista, por lo que el derecho de reproducción va a ganar con la nueva ley autonomía con respecto al término publicación, y dejará de considerarse equivalente al término impresión.

En palabras de Marco Molina, “para consumir la actividad de reproducción basta, en cambio, incorporar la obra a un soporte distinto del originario, es decir, trasladarlo a un medio distinto de aquel que ha servido para crearlo o expresarlo por primera vez”¹³¹. Reproducción no es simplemente multiplicación de ejemplares, sino su fijación a un soporte.

¹³¹ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 227.

En el mismo sentido se manifiesta Bondía Román, al afirmar “no hablamos solamente de la obtención de copias, que sería la acepción tradicional de reproducción, ya que la obtención de copias puede hacerse directamente del original o utilizando la fijación material de un soporte distinto del original. En ambos casos hay fijación y en esa fijación está el núcleo de la reproducción, con independencia de que posteriormente se obtengan o no se obtengan copias”¹³².

El origen de esa noción de fijación se encuentra en la ley francesa de 1.957 y el ley alemana de 1.965, que lo toma de la LUG de 1.901. Ambas leyes modificaron el contenido del derecho de reproducción al considerar que su contenido era insuficiente en el sentido de que se protegía al autor frente a la obtención de copias de su obra; pero éste no estaba protegido frente al hecho de que su obra fuese convertida en un ejemplar. Esa fijación también requiere del consentimiento del autor, de ahí nace este nuevo concepto de reproducción.

Esa idea de fijación supone una serie de consecuencias como el hecho de que no solo será considerada reproducción la fijación a través de la imprenta, sino también las grabaciones de carácter sonoro o visual o las fijaciones de tipo audiovisual. Marco Molina mantiene además que la captación o la transcripción de obras orales también constituye reproducción, al igual que ocurre con obras expresadas por medios materiales pero que son difundidas por medios incorporeales y posteriormente plasmadas a una base material¹³³.

¹³² Bondía Román, F. Sobre el art. 18 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 96.

¹³³ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 237.

2.3.5.2.- El derecho de distribución.

El art. 19 de la LPI se refiere al derecho de distribución, definiéndola en su primer punto como *“la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma”*.

Entender el derecho de distribución como autónomo del derecho de reproducción, tal y como aparece en la ley española del año 87, es también tributario del derecho alemán. Esa autonomía del derecho de distribución se atribuye de forma unánime a Josef Kohler¹³⁴, quien ya en 1.870 defendía que la correlación entre reproducción y distribución provocaba situaciones de desprotección para el autor, ya que éste no podía evitar la circulación de ejemplares si eran reproducciones de carácter personal.

Las ideas de Kohler se verán reflejadas en la LUG de 1.901 y en la Uurg de 1.965 de donde las recoge la legislación española de 1.987 que, hasta ese momento entendía la distribución como un complemento de la reproducción.

La distribución será, por tanto, la introducción de la obra en el tráfico comercial y la comercialización de las distintas fijaciones materiales, lo definitorio de este derecho será, por tanto, la puesta a disposición del público de la obra. Esta será la nota definitoria de una actividad a la que no se le va a exigir ni que se realice de una forma profesional, ni con ánimo de lucro. En palabras de Bondía Román “lo determinante para considerar a un

¹³⁴ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 242.

determinado acto como distribución es la finalidad o el propósito de ofrecer, directa o indirectamente, el original o copia de la obra al público”¹³⁵.

De la misma opinión se muestra Marco Molina “consustancial a la noción legal de distribución es que el vehículo de conocimiento y disfrute de la obra por el público sea un ejemplar o fijación material de la misma. Se dice entonces que objeto de la distribución puede ser tanto el original como las copias de la obra”¹³⁶. Esa fijación material a la que se refiere Marco Molina será lo que distinga este derecho del de comunicación pública (art. 20 LPI).

En el art. 19.1 se relatan además las formas en las que puede llevarse a cabo esa distribución, señalando las que suponen un desprendimiento definitivo del ejemplar de carácter oneroso como es el caso de la venta, así como las que suponen una cesión temporal, como es el caso del préstamo o el alquiler, teniendo el préstamo un carácter gratuito no compartido por el alquiler.

Compartimos con Marco Molina la idea de que dentro de las “otras formas” de que habla el art. 19.1 podrían incluirse aquellas que suponen una enajenación definitiva de carácter gratuito, como sería el caso de la donación, ya que anteriormente hemos dicho que lo que define a este derecho es la puesta a disposición del público, sin que importe si ésta se realiza de forma profesional o con ánimo de lucro.

¹³⁵ Bondía Román, F. Sobre el art. 19 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Op. cit. Pág. 103.

¹³⁶ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 249.

El art. 19.2 se refiere al agotamiento del derecho de distribución, una figura basada también en las tesis del alemán Kohler, quien hace una extrapolación de lo que ocurría en el derecho de patentes. Según sus afirmaciones, el derecho exclusivo del titular de la patente no subsistía en los objetos individuales que derivaban de la ejecución de dicha patente una vez que éstos eran introducidos en el tráfico comercial con el consentimiento del titular¹³⁷.

Aplicado al derecho de autor supone que éste decide la puesta en circulación de los ejemplares, así como las condiciones para que la distribución se desarrolle tal y como él desea pero, una vez desarrollada esa primera enajenación lícita de ejemplares, el derecho que tienen los autores se extingue.

Cabe observar que hablamos de ejemplares entendidos como cosas materiales y no la obra en sí, es decir, el propietario del ejemplar no puede explotar la creación incorporada al soporte que ha comprado, ya que dicha creación sigue perteneciendo a su autor.

Esta forma de entender el derecho de distribución aparece por primera vez en España con la actual Ley.

2.3.5.3.- *El derecho de comunicación pública.*

Siguiendo con los derechos de explotación relatados en la LPI de 1.987, el art. 20.1 recoge el concepto de comunicación pública entendido como *“todo acto por el cual una pluralidad de personas puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.*

¹³⁷ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 254.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”.

La noción de comunicación pública gravita fundamentalmente sobre el carácter incorporeal de la obra. Cabe tener en cuenta que los avances tecnológicos de los últimos tiempos han dado lugar a formas interpuestas en la comunicación, como es el caso de las películas proyectadas (hay una fijación material de la obra); a pesar de ello, ese carácter incorporeal sigue existiendo en el sentido de que el público no obtiene ejemplares por lo que esa comunicación sigue siendo incorporeal aunque, tal vez, no en un sentido tan estricto.

Hasta la actual ley española, la doctrina sobre propiedad intelectual en nuestro país sólo incluía como uso de la obra de un modo incorporeal la representación y la ejecución pública, lo cual se refleja, entre otros, en el art. 62 del Reglamento de 1.880: *“no podrá ser representada, ni cantada ni leída en público obra alguna, manuscrita o impresa, aunque ya lo haya sido en otro teatro o sala de espectáculos, sin previo permiso del propietario”.*

En la LPI de 1.987 aparecen enumerados varios actos que son considerados comunicación pública, y esa enumeración parece provenir también del Derecho alemán.

La idea de comunicación pública referida en la Ley Española y en la Ley Alemana no aparece en otras leyes como la francesa o la italiana, ni en el ordenamiento internacional.

Así, en el Convenio de Berna aparece la expresión comunicación pública, pero sólo se refiere con ella a la radiodifusión y no a otras formas de comunicación incorporal, tal y como apreciamos en el art. 11 bis de dicho convenio, incluido tras la revisión de París del año 1.971. Tampoco aparece el vocablo en la Convención Universal de Ginebra, por lo menos en el sentido que le dan las leyes española y alemana.

Marco Molina¹³⁸ apunta que no puede sostenerse a ciencia cierta que la delimitación proceda del Derecho alemán al destacar que la expresión comunicación pública aparece por primera vez en el ordenamiento español en la Orden de 10 de julio de 1.942 sobre protección de obras fonográficas.

La acotación principal del término comunicación pública viene por la referencia a sus destinatarios, ya que la comunicación de una obra intelectual sólo es jurídicamente relevante si puede ser calificada de pública y la nota definitoria de ese carácter lo determinará el hecho de que hablemos de una pluralidad de personas entre las que no existan relaciones personales en un sentido estricto: “lo definitivo es el carácter indeterminado de los destinatarios para que la comunicación revista el carácter de público y, a la inversa, la existencia de algún tipo de relaciones personales entre ellos determina que no lo sea”¹³⁹.

2.3.5.4.- *El derecho de transformación.*

El último de los derechos de explotación reseñados en la LPI es el derecho de transformación, relatado en el art. 19 de la ley: 1.- “La

¹³⁸ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 267.

¹³⁹ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 270.

transformación de la obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

2.- Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultante de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio de los derechos de autor de la obra preexistente”

El problema que se plantea con la transformación es que hablamos tanto de un derecho de explotación como de un título originario de derechos de autor sobre la obra que resulta de la transformación. Hay, por tanto, una actividad sobre una obra que ya existe y un nuevo objeto, una nueva obra.

Hablamos, en todo caso, de una de las nociones más universales dentro de la propiedad intelectual y de mayor ambigüedad, pero que es preciso clarificar ya que la transformación de una obra sin el consentimiento del autor es una de las actividades que más atentan contra el derecho moral de los autores, sobre todo contra la integridad de la obra (art. 14.4) y la condición de autor (art. 5.1).

Aún con todo, el derecho de transformación no es nuevo sino que aparece en todos los ámbitos jurídicos. En la legislación española se contemplaba ya en la Ley de 1.879 y en el Reglamento de 1.880 que, en su art. 5, establecía la necesidad del permiso por escrito del autor de la obra para llevar a cabo la transformación de ésta.

Asimismo, este derecho es reconocido además en los convenios internacionales.

El Convenio de Berna (Acta de París de 1.971) establece en su art. 2.3 que *“estarán protegidos como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística”*.

Por su parte, la Convención Universal de Ginebra muestra en su art. IV bis.1 que la protección de los derechos patrimoniales de los autores *“se aplicará a las obras protegidas en la presente Convención en su forma original o en cualquier forma reconocible derivada del original”*.

Entendida la transformación como derecho de explotación, Marco Molina define esta figura como *“todas aquellas utilizaciones de una obra ajena que consistan en una apropiación de elementos singulares de la misma (o incluso de toda ella) con el fin de aplicarlos a una obra diferente”*¹⁴⁰.

El problema fundamental que se plantea es delimitar y definir en que consiste *“una obra diferente”*, ya que es preciso hacer compatible la protección al autor de la obra preexistente con la protección del autor de la obra resultante.

Al igual que ocurre con los demás derechos de explotación, la primera ley que incluye este derecho es la LUG de 1.901 y tienen de nuevo una influencia decisiva los argumentos del alemán Josef Kohler, no solo en la delimitación de su contenido, sino también a la hora de incluir esta figura dentro de los derechos de explotación.

¹⁴⁰ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 327.

Para Kohler hay una serie de elementos esenciales en cada obra que constituyen el objeto del derecho de su autor, frente a los cuales se sitúan aquellos elementos que pueden ser utilizados por cualquiera en una creación diferente¹⁴¹.

Para llevar a cabo esta distinción, Kohler se basa en la doctrina filosófica del fondo y la forma mantenida por Fichte, quien establecía que “siendo la forma de expresar las ideas individual de cada autor, el carácter común de las mismas, una vez divulgadas, no ha de ser obstáculo para reconocer el derecho privativo del autor sobre la forma de expresión de su obra”¹⁴².

Kohler distingue, dentro de la forma o el modo de expresión, una forma externa, que coincide en lo sustancial con lo establecido por Fichte, y una forma interna, que “radica sustancialmente en el modo de organización y presentación de dicho contenido que caracteriza igualmente a cada obra”¹⁴³.

Cuando se produce un cambio en la forma es preciso entonces el consentimiento del autor. Podemos escribir una novela en la que se relate el amor entre dos jóvenes, pero si la situamos en Verona, con dos familias enfrentadas que no permiten el amor entre sus hijos y éstos acaban muriendo, estamos hablando de Romeo y Julieta, entonces precisaremos la autorización del titular de los derechos sobre la obra si queremos hacer una versión recreándola en el momento actual, la misma historia pero con formas distintas. Del mismo modo que la necesitaremos si queremos hacer una

¹⁴¹ Rivero Hernández, F. *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 428.

¹⁴² Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 331.

¹⁴³ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 332.

versión para teatro o televisión, pues estamos transformando la obra en su forma.

A pesar de las distinciones de Kohler entre forma y contenido, esta doctrina fue desarrollada por él de forma embrionaria y posteriormente aceptada y seguida, aunque no siempre con éxito en palabras de Marco Molina.

Por lo que respecta a la legislación española, el derecho de transformación aparecía en el ordenamiento de 1.879 y su Reglamento, pero lo que hacía era proteger el contenido de la obra, si bien no está muy claro que existiese la distinción entre forma y contenido en el sentido que existía en la ley alemana de 1901. Se entendía la transformación como modificación de una obra ajena que debía ser autorizada por el autor, pero no como un título originario de derechos para el autor de la obra nueva; ambas ideas iban por separado en la legislación del pasado siglo.

En la actual legislación española si existe esa distinción, cabe para ello destacar simplemente la parte final del art. 21.1 “*cualquier otra modificación en su forma de la que derive una obra diferente*”, lo cual indica que es precisa la existencia de un nuevo objeto.

Un nuevo objeto que deriva de la modificación en la forma de la obra preexistente, así Francisco Rivero establece que “la modificación ha de serlo solo en la forma, no en la sustancia o en la idea esencial (...). Cuando cambie la idea, el argumento, el tema, etc. (es decir, la sustancia), entonces se trata de otra obra original distinta, no de una transformación”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Rivero Hernández, F. Sobre el art. 21 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 434.

Un nuevo objeto que ha de tener originalidad para ser obra protegible como tal (art. 10 LPI). El problema que se plantea es cómo determinar esa originalidad, ya que si tenemos en cuenta que lo importante es calibrar el mérito o calidad de la obra, hay que destacar, al igual que hace Marco Molina, que este requisito desaparece de la legislación de propiedad intelectual con la Ley de 1.847, que establecía que si el mérito de la obra era de tal importancia como para dar lugar a una obra nueva, no sería precisa la autorización del autor de la obra preexistente (art. 11.1 de la Ley de Propiedad Literaria de 1.847).

Si bien este requisito ha desaparecido en la legislación actual, es lógico pensar que la obra resultante ha de tener una cierta altura creativa pero “la eterna dificultad es y sigue siendo a este respecto, sobre todo cuando de obras derivadas se trata, cómo fijar y dónde situar ese mínimo de altura creativa”¹⁴⁵.

Hablar de altura creativa nos lleva de nuevo al término originalidad, y al hecho de si ésta ha de ser objetiva o subjetiva, a lo que ya nos referimos al hablar del art. 10 de la LPI.

Decíamos que autores como Marco Molina, Rivero Hernández o Rodríguez Tapia se decantaban por la originalidad subjetiva como requisito en la obra nueva. A esa originalidad subjetiva se refiere Rivera Hernández en su comentario sobre el derecho de transformación, afirmando que “es precisamente el sello o la mano y la personalidad del autor de la transformación lo que hace que sea otra obra una traducción de la

¹⁴⁵ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 345.

preexistente, o un compendio de la original, o una adaptación de la novela para el cine”¹⁴⁶.

En palabras de Marco Molina, “se exige a quien pretende ser considerado creador de una obra diferente que demuestre que, tras la obra en cuestión, hay una determinada aportación o prestación personal de trabajo intelectual, lo cual es congruente con el propio fundamento o título constitutivo del derecho de autor (art. 5 LPI)”¹⁴⁷.

Arrabal, por su parte, defiende también esa originalidad subjetiva que debe darse en una obra para su protección: “para que una obra artística sea protegible por las leyes de propiedad intelectual es necesario que sea original. La originalidad es el concepto más importante de la propiedad artística e implica la intervención de la mente humana para crear algo que no es evidente ni natural”¹⁴⁸.

Cabe recordar, sin embargo, que autores como Bercovitz se inclinan por la originalidad objetiva, tal y como referimos anteriormente.

Es, por tanto, una obra nueva sobre la que recaen también una serie de derechos que corresponderán al autor (art. 1 LPI) de la misma forma que los tiene el autor de la obra preexistente, sin embargo, obra originaria y obra derivada han de coexistir juntas y puede, en determinadas ocasiones, existir una colisión entre los derechos de ambos autores.

¹⁴⁶ Rivero Hernández, F. Sobre art. 21 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 435.

¹⁴⁷ Marco Molina, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Op. cit. Pág. 353.

¹⁴⁸ Arrabal, P. *Manual práctico de propiedad intelectual e industrial*. Ediciones Gestión 2.000. Barcelona, 1.991. Pág. 79.

Hemos dicho que hablamos de una obra derivada que necesitará del consentimiento del autor de la obra preexistente, pero además es preciso entender que la transformación es una actividad creativa. Y así el art. 5 de la LPI habla del autor como aquella persona que crea..., por lo que cabría pensar que hay una cierta restricción creadora para el autor de la obra derivada, pues depende de una autorización para su actividad.

Marco Molina defiende el hecho de la explotación de la obra derivada para que sea necesario el consentimiento del autor de la obra originaria, es decir, si la obra resultante no va a ser explotada no es preciso el consentimiento, tal y como establece la Ley alemana de 1.965¹⁴⁹, por lo que se muestra crítico con la legislación española que exige autorización aunque no haya explotación de la obra resultante, lo cual implica que la propia realización de la transformación esté supeditada al consentimiento del autor de la obra primera.

Esta exigencia de consentimiento queda más afirmada, si cabe, en el art. 100.1 de la LPI, donde se establece la única excepción a la autorización del autor, en el caso de programas de ordenador: *“No necesitarán autorización del titular, salvo disposición contractual en contrario, la reproducción o transformación de una programa de ordenador incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta”*.

¹⁴⁹ Arrabal, P. *Manual práctico de propiedad intelectual e industrial*. Op. cit. Pág. 357.

2.3.6.- La cesión de los derechos de explotación

El Título V de la LPI nos revela todo lo referente a la transmisión de los derechos de explotación de los autores, que puede realizarse “mortis causa”(art. 42 LPI) o bien a través de una transmisión “inter vivos”(art. 43).

Los artículos 43 a 50 establecen las normas generales de cesión y el art. 51 se centra en excepciones a las normas generales como consecuencia de la existencia de una relación laboral y, por tanto, la sumisión del cedente al cesionario en virtud de dicho contrato.

La cesión o cesiones de derechos habrán de quedar limitadas a las modalidades previstas, así como a un tiempo y espacio geográfico determinado, tal y como se establece en el art. 43.1. En dicho artículo se refleja además el tiempo, lugar y modalidad que habrá de entenderse para la explotación en caso de que estas cuestiones no queden expresadas específicamente en el contrato y que tendrían una duración de cinco años, una limitación territorial al país donde se ha realizado la cesión y, en cuanto a la modalidad, se limita a aquella que se deduzca del propio contrato (art. 43.2).

En el art. 43 se declara nula la cesión de derechos de explotación sobre obras futuras del autor (art. 43.3), la estipulación por la que el autor se compromete a no crear obra alguna en el futuro tampoco será válida (art. 43.4) y, por último, se establece que la transmisión pactada no alcanza a modalidades o medios de difusión que son desconocidos o existentes en el momento de realizarse la cesión.

La cesión de derechos habrá de formalizarse siempre por escrito, tal y como reza el art. 45 y, el núcleo central de este primer capítulo del Título V se sitúa en torno a los arts. 48 y 50, en los que se regulan las cesiones exclusivas y no exclusivas.

El art. 48 establece que *“La cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de aquélla, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y salvo pacto en contrario, la de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, le confiere legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido.*

Esta cesión constituye al cesionario en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate”.

Se trata esta de una norma que no tiene antecedente en la Ley de 1.879, pero que sí muestra una concordancia con determinados artículos de la Ley Alemana de 1.965, de gran influencia en la actual ley española como ya hemos manifestado anteriormente.

El art. 48 está incluido dentro de las “Disposiciones Generales” por lo que se convierte en norma común y supletoria en todos los contratos de transmisión de propiedad intelectual y, según Cavanillas Múgica, entronca en nuestro Derecho Común con temas como “los principios generales de

contratación o las limitaciones de la concurrencia en la regulación de las prácticas restrictivas de la competencia”¹⁵⁰.

Para este autor, la cesión en exclusiva supone que entran en juego una serie de intereses tales como el deseo del cesionario o exclusivista de disponer de mayores ingresos puesto que monopoliza la explotación de la obra; el precio o comisión que recibe el autor cedente y que es mayor que si existiese una cesión no exclusiva, lo que compensa el hecho de no poder publicar la obra por sí solo; el fomento de operaciones de edición y producción más arriesgadas, situación que se produce con las obras novedosas o con autores desconocidos y, el hecho de que la existencia de distintos tipos de terceros puede entrar en colisión con el cedente o con el cesionario en exclusiva¹⁵¹.

El art. 48 delimita cuáles son los supuestos que deben darse para que exista esa cesión exclusiva, a saber, ha de ser otorgada expresamente, el cesionario la explota sin ningún tipo de intromisión por parte de terceros, incluido el propio autor o cedente, el cesionario exclusivo puede, además, otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros, está legitimado para perseguir violaciones en las facultades que se le han cedido y está obligado a poner todos los medios necesarios a su alcance para que esa explotación sea efectiva.

El art. 48 da por supuesto lo establecido en artículos anteriores, es decir, los límites (art. 43), la forma escrita del contrato (art. 45), el sistema de remuneración (art. 46)...

¹⁵⁰ Cavanillas Múgica, S. Sobre el art. 48 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por Rodrigo Bercovitz. Op. cit. Pág. 808.

¹⁵¹ Cavanillas Múgica, S. Sobre el art. 48 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 808.

Es preciso distinguir entre cesión y autorización, pues ésta puede otorgarla un cesionario en exclusiva. En palabras de Rodríguez Tapia “cuando la otorga el autor (la cesión de derechos), la Ley la llama cesión (art. 50.1). Si la otorga un cesionario exclusivo o la entidad que detenta derechos exclusivos de gestión (según permite el art. 138 de la LPI), la Ley la llama autorización”¹⁵².

A pesar de que puede parecer que el art. 48 establece la norma general de las cesiones en exclusiva y de cómo éstas deben desarrollarse, encontramos además, en la Ley española, una serie de cesiones especiales que implican o pueden implicar situaciones de exclusividad de derechos, es decir, existen contratos que implican la cesión exclusiva de derechos, salvo pacto en contrario, uno de dichos casos es el que se plantea en virtud de una relación laboral (art. 51) de la que afirma Rodríguez Tapia “no es la relación laboral un contrato de transmisión de derechos de autor propiamente dicho pero, a la luz de la nueva Ley, se configura como un supuesto especial y excepcional cuya existencia determina la consecuencia de una cesión en exclusiva en favor del empresario por las obras creadas en virtud de dicha relación”¹⁵³.

Decíamos anteriormente que la existencia de dicha relación laboral daba lugar a una situación en la que vamos a encontrarnos con excepciones a los planteamientos que se defienden en las normas generales. En ellas se establece que la cesión ha de ser por escrito, lo cual no se exige en la relación laboral, pues el art. 51.2 manifiesta que en caso de no existir pacto

¹⁵² Rodríguez Tapia, J.M. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Op. cit. Pág. 72.

¹⁵³ Rodríguez Tapia, J.M. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Op. cit. Pág. 79.

escrito se presume que esos derechos de explotación están cedidos en exclusiva al empresario.

Por otro lado, la no existencia de pacto escrito para la cesión puede llevar al cedente a rescindir el contrato, tal y como se afirma en el art. 45, pero el autor asalariado “no puede exigirla como facultad resolutoria en caso de otorgamiento por el cesionario”¹⁵⁴.

Rodríguez Tapia afirma además que la falta de mención de determinados extremos frente a la regla general, como es el caso del art. 43.2, no siempre es integrada con los criterios establecidos en ella o que la transmisión de los derechos del autor asalariado al empleador están también exceptuados de la regla general recogida en el art. 57.

Como es lógico pensar, no todo lo que produce un empleado durante el tiempo que mantiene un contrato laboral es objeto de cesión de derechos, sino solamente aquello creado en el marco de la relación laboral siguiendo las instrucciones que se le han marcado o bien como resultado del ejercicio de las funciones que se le han encomendado. Es decir, “el título atributivo de la cesión presunta de derechos se debe tanto a la relación laboral que, para otros efectos, determina la enajenación de los resultados al empleador, cuanto a la concordancia de la obra creada con el puesto desempeñado en el trabajo, lo que se concreta en un encargo, más o menos preciso de la creación de la obra. Por ello debe observarse que, ni la relación laboral, ni el encargo por sí solos bastarían para justificar la presunción de transmisión de

¹⁵⁴ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 51 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 840.

derechos”¹⁵⁵, es decir, habrán de darse ambas situaciones o condicionantes para que esa cesión exclusiva de derechos sea efectiva y lícita.

Para este autor, no solo debería exigirse la existencia de un encargo o de unas instrucciones, sino que habría de incluirse un tercer condicionante, en su opinión “debía existir también una relación de jerarquía o subordinación que determinara la enajenación de los resultados”¹⁵⁶.

Se precisan, por tanto, tres requisitos: la creación del cedente a instancias del cesionario y no de forma espontánea, el deber de no competencia con el cesionario y de subordinación a él y la enajenación de los resultados del trabajo, tres supuestos que se dan en el trabajo de los creativos publicitarios, entre otros.

El problema se plantea a la hora de determinar qué derechos le quedan entonces al autor/cedente asalariado. Rodríguez Tapia afirma que “la atribución de la titularidad de dichas obras al empresario es la tendencia creciente en todos los países. La diferencia es que, mientras en los países anglosajones existen normas que no dudan en una atribución originaria al empresario, las leyes o los jueces continentales están jugando con la ficción de la atribución originaria al autor (el trabajador) pero completada por una presunción de cesión en exclusiva a su patrono”¹⁵⁷. Reconoce, sin embargo, que, a efectos de la Ley española de propiedad intelectual, el trabajador que crea es titular originario de derechos morales y patrimoniales.

¹⁵⁵ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 51 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 840/841.

¹⁵⁶ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 51 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 841.

¹⁵⁷ Rodríguez Tapia, J.M. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Op. cit. Pág. 80.

CAP. 3: LA PROTECCIÓN DE LAS CREACIONES ORIGINALES PUBLICITARIAS

Hemos analizado la protección dispensada por las leyes de propiedad intelectual y literaria (en el caso de la ley de 1.847) a las creaciones originales, a lo largo de los siglos. Desarrollando esa protección de una manera genérica, en el sentido de no habernos detenido en ningún tipo concreto de creación, salvo las recogidas en las propias leyes como artística, literaria o científica.

Lo que nos planteamos ahora es cómo se aplica esa protección de la LPI a las creaciones publicitarias, a las que consideramos creaciones artísticas o intelectuales, tal y como se referían a ellas distintos publicitarios y teóricos de la Publicidad a los que hemos aludido anteriormente. En definitiva, cuáles van a ser los derechos que correspondan a los autores de esas creaciones publicitarias, es decir, si son ellos los que tienen o mantienen el título de propiedad sobre la obra por ellos ejecutada, bien individualmente o como parte de un grupo, que suele ser lo habitual en el campo de la creatividad.

Pero además, estas creaciones plantean una serie de peculiaridades que es posible no existan en otro tipo de creaciones originales, por lo que, además de lo referido en la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley de Propiedad Industrial, para la protección de las obras publicitarias habrán de tenerse en cuenta las pautas concretas señaladas en la legislación publicitaria reflejada en la actual Ley General de Publicidad de 1.988, aunque también nos detendremos someramente en el antiguo Estatuto del año 64.

3.1 Legislación publicitaria.

La publicidad, tal y como la entendemos actualmente, surge o comienza a desarrollarse a finales del siglo XIX, concretamente a partir de la Revolución Industrial, época de importantes cambios y avances en todos los ámbitos de la sociedad que repercutirá también en la configuración de todo el entramado publicitario.

Ello no quiere decir que antes no existiesen manifestaciones publicitarias, Anaut¹ afirma que han sido muchos los que han querido ver manifestaciones del fenómeno publicitario en distintas actividades del hombre que han ido evolucionando desde la prehistoria con el paso del tiempo, a través de las culturas y fases de la historia.

La invención de la imprenta también ha tenido mucho que decir en el mundo de la publicidad, ya que además de esa revolución que produjo en todo lo que se refiere a la comunicación informativa, propició una actividad publicitaria mayor con una estructura diferente, definida por tres variables fundamentales: una mayor paginación en las publicaciones, lo que suponía

¹ Anaut, N. *Breve historia de la Publicidad*. Edt. Claridad. Buenos Aires, 1.990

mayores posibilidades para los anunciantes; una relación entre el medio y el anunciante más exigente debido a esa dependencia que ambos mantienen entre sí para su subsistencia y, unas nuevas técnicas de impresión que van a suponer toda una renovación en lo que respecta a la presentación formal de los mensajes, ya sean informativos o publicitarios².

La aparición de la imprenta motivó además esa relación entre medios de comunicación y publicidad que perdura en nuestros días.

A partir del invento de Gutemberg, a mediados del siglo XV, se producirá toda una evolución de la estructura publicitaria, que deriva en el siglo XX en una variedad de sujetos que superan el triángulo inicial formado por anunciante/medio/receptor, pues a ellos habrá de sumársele la agencia publicitaria, encargada de la elaboración de la campaña y en la que subsisten nuevos sujetos, tales como el creativo, el encargado de cuentas...; o las centrales de medios, encargadas de negociar tiempos y tarifas publicitarias entre anunciantes y agencias.

Pero hasta llegar al siglo actual, habrán de pasar cinco siglos en los que se desarrollan las Oficinas de Direcciones y las Gacetas, propias del siglo XVIII y que constituyen para Santaella³ el antecedente inmediato de la publicidad moderna o, el siglo XIX en el que el privilegio está muy ligado a la actividad publicitaria.

² Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la Comunicación*. Laverde Ediciones. Santiago de Compostela, 1.999. Pág. 170.

³ Santaella, M. *Introducción al Derecho de la Publicidad*. Civitas. Madrid, 1.982. Págs. 178 y ss.

En estas épocas, la legislación publicitaria se reduce simplemente a la existencia de normas y ordenanzas de carácter municipal o que parten de los departamentos de Hacienda.

Habrá que esperar hasta prácticamente el siglo XX para que comiencen a proliferar las leyes referidas a las actividades publicitarias, que van a tener su origen en el desarrollo de principios constitucionales sobre la libertad de industria y comercio⁴ para después dar lugar a un verdadero Derecho de la publicidad ligado al desarrollo de los medios de comunicación.

En España, la primera ley es la del 16 de mayo de 1.902, de regulación de la Propiedad Industrial a la que sigue el Real Decreto-Ley de Propiedad Industrial de 26 de julio de 1.929 por el que se aprueba el Estatuto de la Propiedad Industrial. En el año 63 se aprueba la Ley 110 de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Y ya en el año 64, la Ley de 11 de junio aprueba el Estatuto de la Publicidad, vigente hasta la aprobación de la actual Ley General de Publicidad de 1.988.

La jurisprudencia internacional tiene su principal baluarte en el Convenio de París de 20 de marzo de 1.883 y en el Código de prácticas leales en materia de publicidad, redactado por la Cámara de Comercio Internacional con el fin de “prevenir abusos de la publicidad, protección de los intereses de la empresa competidora y de los consumidores. Se contienen, en embrión, los fundamentos de una regulación publicitaria”⁵.

⁴ Santaella, M. *Introducción al Derecho de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 135.

⁵ Santaella, M. *Introducción al derecho de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 136.

3. 2 El Estatuto de la Publicidad de 1.964.

El Estatuto español del año 64 tiene el honor de haber sido la primera norma, no solo en nuestro país, sino a nivel mundial, que planteaba el problema de la actividad publicitaria en su conjunto. Hemos afirmado anteriormente que sí existían normas que regulaban diversos aspectos de la actividad, tanto en el continente europeo como en el mundo anglosajón, pero faltaba, sin embargo, una norma jurídica que englobase todo el fenómeno y fuese una pauta a seguir en el ejercicio de todo el entramado publicitario, “el Estatuto tiene el mérito importante de ser la primera norma que, de una manera sistemática y orgánica, aunque con lagunas y defectos de técnica, aparece a nivel mundial regulando la actividad publicitaria en conjunto (...), significó, en su momento, un instrumento fundamental de institucionalización de la actividad y profesión publicitaria”⁶.

En el preámbulo del Estatuto se determina ya que la evolución y el desarrollo de la actividad publicitaria, no sólo en nuestro país sino a nivel mundial, justifica la presencia de esta norma necesaria ante la inexistencia de legislación específica para permitir una regulación e institucionalización de sus esquemas y estructuras.

La primera parte del Estatuto refleja una serie de Principios Generales que nacen con la intención de ser la base sobre la que ha de sustentarse el ejercicio de la actividad publicitaria, las normas básicas a las que el ejercicio de la publicidad ha de servir y que aparecen reflejados en los arts. 6 y ss, de los que hablaremos posteriormente.

⁶ Santaella, M. *Valoración crítica ante una posible reforma del Estatuto de la Publicidad*. Publitécnia, nº 47, 1.978: pág. 98.

Una de las novedades más importantes de la norma adquiere forma en el Título IV, donde se desarrollan los contratos publicitarios, se tipifican las distintas formas contractuales que derivan del ejercicio de la actividad.

Además, se trata del primer texto que introduce el tema de la protección de las ideas y creaciones publicitarias, reflejado en los arts. 70 y 71, afirmando que podrán estar protegidas por la Propiedad Intelectual o Industrial y por el propio Estatuto, señalando el derecho moral que compete a los autores de este tipo de creaciones.

A pesar de ello, es preciso criticar el hecho de que ambos artículos no fueron desarrollados de manera amplia, tal y como se establecía en la Disposición Adicional Segunda: *“El Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Información y Turismo e Industria, dictará las disposiciones necesarias para el posible ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 70 y 71 de la presente Ley”*.

El Estatuto del 64 establece la creación del Instituto Nacional de Publicidad (arts. 20 y ss) con la intención de promover el progreso técnico y artístico de la publicidad, así como la enseñanza de la disciplina publicitaria.

Instaura además dos figuras importantes, la Junta Central de Publicidad y el Jurado Central de la Publicidad (arts. 60 y ss), de los que forman parte los profesionales con la intención de implicar a los sectores más interesados y afectados por dicha actividad, velar por el cumplimiento de la normas contenidas en el Estatuto, proporcionar asesoramiento y participar en los conflictos que puedan derivarse de las actividades publicitarias.

Se manifiesta que dicha medida pretende, en la medida de lo posible, contribuir a crear una jurisprudencia progresiva, habida cuenta de la falta de precedentes legislativo y jurisprudenciales que, con respecto a esta actividad, existe en nuestro país y el resto de ordenamientos. Sin embargo, será la autorregulación el baluarte en el que la disciplina publicitaria deberá aclarar y resolver los problemas que se deriven de su funcionamiento.

Para autores como Santaella, la instauración de figuras como el Jurado Central de Publicidad tuvo el mérito de “confiar a los propios profesionales el enjuiciamiento de determinadas conductas, también profesionales y paraprofesionales”⁷.

El Estatuto consiguió dotar de transparencia la actividad publicitaria y que ésta se situase en el mismo nivel que la informativa, logrando llamar la atención de los juristas especializados tanto en Derecho de la Información como en Derecho Mercantil hacia el tema de la publicidad⁸.

3.2.1.- Los Principios Generales.

Siendo prácticamente la primera norma de legislación publicitaria en España, el Estatuto define en su art. 2 la actividad publicitaria como “*toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación*”.

⁷ Santaella, M. *Valoración crítica ante una posible reforma del Estatuto de la Publicidad*. Publitécnia, nº 47, 1.978: pág. 100.

⁸ Santaella, M. *Valoración crítica ante una posible reforma del Estatuto de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 99.

El Título II se dedica a los Principios Generales, a saber, los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia, enumerados en el art. 6 y definidos y explicados en los artículos siguientes.

Se trata, sin embargo, de principios demasiado amplios y abstractos para una actividad como la publicitaria y que son criticados por autores como Tallón García⁹ o Ruiz Vadillo, para quien existe una reiteración de ideas y de conceptos demasiado abstractos, flexibles y peligrosos que “contribuyen a la negación de la seguridad jurídica que es, como sabemos, una de las finalidades primarias del derecho”¹⁰.

El primero de los principios establecidos es definido en el art. 7 del Estatuto: *“no será lícita la publicidad que por su fin, por su objeto o por su forma, ofenda las instituciones fundamentales de la nación, lesione los derechos de la personalidad, atente al buen gusto o al decoro social o sea contraria a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres”*.

Dicho artículo establece, por tanto, cuáles van a ser los límites de la actividad publicitaria, es decir: las Leyes Fundamentales; los derechos de la personalidad sobre todo, derecho al nombre, derechos relativos a la existencia física y la inviolabilidad corporal y los derechos de tipo moral, entre los que se incluye el de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales; las leyes, en el sentido de normas jurídicas; el buen

⁹ Tallón García, J. *Los principios jurídicos de la publicidad*. Estudios de Información, nº 17, 1.971, pág. 90.

¹⁰ Ruiz Vadillo, E. *Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad en el Estatuto de 11 de junio de 1.964*. Estudios de Derecho Civil en homenaje al prof. Castán Tobeñas. Pamplona, 1.967. Págs. 493-561.

gusto y el decoro social así como la moral y las buenas costumbres, si bien no existe una definición clara y concreta de lo que ello abarca¹¹.

El art. 8 se refiere al segundo de los Principios Generales: el de veracidad: *“En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error.*

La afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones de servicios, objeto de publicidad serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento”.

Se destaca la necesidad de la defensa de la verdad objetiva, idea bajo la que se defiende la protección de los intereses de los consumidores¹², es decir, cualquier información publicitaria ha de ser verdadera y exacta, incluyendo la posibilidad de que dichas afirmaciones puedan ser sometidas a prueba, que no ha de ser demostrada por el consumidor, sino que su certeza ha de ser justificada por el anunciante.

Para Fernández-Nóvoa¹³, el principio de veracidad publicitaria introduce al ordenamiento español entre las más avanzadas regulaciones europeas en materia de publicidad. Alude a la evolución que este principio ha tenido en la doctrina europea destacando que es el ordenamiento alemán el que, desde sus inicios, prohíbe la publicidad engañosa (Ley alemana sobre

¹¹ Tallón García, J. *Los principios jurídicos de la publicidad*. Op. cit. Págs. 94 y ss.

¹² Tallón García, J. *Los principios jurídicos de la publicidad*. Op. cit. Pág. 97. Ver también Fernández-Nóvoa, C. *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*. RDM, nº 107, enero-marzo, 1.968: págs. 30 y ss.

¹³ Fernández-Nóvoa, C. *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*. RDM, nº 107, enero-marzo, 1.968: pág. 28.

competencia ilícita del 27 de mayo de 1.896 proclama el principio de veracidad).

Por otro lado, la doctrina francesa ha ido acogiendo este principio de forma progresiva y sus primeras normas sobre competencia desleal, que comenzaron a desarrollarse a finales del siglo XIX, no incluían la veracidad del anuncio como supuesto de competencia desleal, algo que también ha ocurrido en el ordenamiento italiano hasta bien entrado el siglo XX.

Siguiendo con los principios establecidos por el Estatuto, el art. 9 define el principio de autenticidad: *“El público tiene derecho a que toda actividad publicitaria se identifique fácilmente como tal actividad. Los medios de difusión cuidarán de deslindar perfectamente las afirmaciones hechas dentro de su función general de información y las que hagan como simples vehículos de la publicidad”*.

Lo que se busca, en definitiva, es que cualquier sujeto pueda reconocer como tal la publicidad, sin peligro o riesgo de confusión. Se trata, sobre todo, de un principio que vincula a los medios ya que es difícil que una infracción así puedan cometerla las agencias de publicidad. Ello quiere decir que los medios estarán autorizados para rechazar cualquier texto u original publicitario que considerasen puede provocar confusión en el lector.

Sin embargo, estamos con Santaella¹⁴ al considerar que resulta difícil la confusión de ambos tipos de comunicación en el medio prensa, y que los pocos que pudieran plantearse podrían ser los de aquellos textos

¹⁴ Santaella, M. *Consideraciones sobre el principio de autenticidad en la publicidad y la distinción entre actividad publicitaria y actividad informativa*. Estudios de Información, nº 12, octubre-diciembre de 1.969: pág. 54 y ss.

publicitarios que adoptan la forma de las noticias, como es el caso de las inauguraciones, si bien este tipo de informaciones presenta características tipográficas que permiten una fácil identificación.

Se trata de un principio, el de autenticidad, que el Estatuto dirige sobre todo a los medios de comunicación pues ellos serán los encargados de velar por que no se produzca esa confusión.

Esa exigencia de diferenciación clara entre lo estrictamente publicitario y lo periodístico, se refleja también en el Estatuto de la Profesión Periodística, aprobado por Decreto del Ministerio de Información y Turismo de 13 de abril de 1.967, pero con un matiz distinto.

Decíamos que el Estatuto de la Publicidad vinculaba al medio a la hora de hacer la distinción; sin embargo, la norma periodística se dirige al profesional al establecer en su art. 10: *“El ejercicio activo de la profesión periodística es incompatible con las actividades de agente o gestor de publicidad y con cualquiera otra que, directa o indirectamente, entrañe intereses que impidan la objetividad y el servicio del interés general de los trabajos informativos”*.

Lo que busca el Estatuto de la Profesión Periodística es evitar que el profesional del periodismo entre en el campo de la publicidad pues ello sí podría provocar una confusión entre los lectores y eso es lo que quieren evitar ambos Estatutos; una finalidad que se ve reforzada por el hecho de que el incumplimiento puede derivar en una sanción del Jurado Central de Publicidad, en este caso sobre la empresa, pero también por parte del Jurado

de Ética Profesional de la profesión periodística, cuya sanción recae también sobre el profesional.

El último de los principios señalados es el de libre competencia: *“La publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las Leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal.*

Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, la que tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”(art. 10).

Lo que se intenta con este principio es que la publicidad se convierta en vehículo utilizado por las empresas, pero siempre dentro de los parámetros legales siguiendo la normas mercantiles y económicas, de manera que no puedan darse situaciones de inferioridad entre las empresas y todas ellas tengan las mismas normas por las que regir sus actividades publicitarias.

De este modo se tipifican las situaciones o actuaciones que se consideran contrarias para el buen funcionamiento del mercado, al establecer el Estatuto cuáles serán las actuaciones consideradas desleales en el segundo párrafo del art. 10.

La primera situación desleal que plantea el Estatuto es aquella actividad que *“pueda provocar confusión entre bienes y servicios”,*

tipificación que Fernández-Nóvoa¹⁵ considera demasiado amplia y que, en su opinión, debería haber incluido además la confusión entre establecimiento y empresa, si bien establece que la formulación relatada por el Estatuto de la Publicidad es superior a la contenida en los apartados a) y b) del art. 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 1.902¹⁶, que considera “casuística y fragmentaria”¹⁷.

Tallón García señala además que, en este supuesto, debería incluirse también “la confusión provocada por la semejanza de la publicidad, es decir, la presentación gráfica o plástica de los anuncios, porque puede existir imitación del producto mismo o no, pero lo esencial es que la acción publicitaria engendre confusión entre los consumidores”¹⁸.

Continúa el Estatuto con el segundo de los casos, “*que tienda a provocar el descrédito de los consumidores*”. En este caso, el Estatuto de la Publicidad recoge los supuestos básicos de denigración a la persona y los productos que aparecían ya tipificados en los apartados d) y e) de la Ley de Propiedad Industrial¹⁹. Sin embargo, no recoge el Estatuto de la Publicidad en su art. 10, que las alegaciones denigratorias deban ser falsas (sí reconocido en el nombrado art. 132 de la Ley de Propiedad Industrial, apartado d): *Propagar a sabiendas falsas aserciones...*) lo que, en opinión

¹⁵ Fernández-Nóvoa, C. *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*. Op. cit. Pág. 21.

¹⁶ Dichos apartados de la Ley de Propiedad Industrial de 1.902 establecen que se considerará competencia ilícita: “a) la imitación de las muestras o rótulos de los escaparates, fachadas, adornos o cualquier otro que pueda originar una confusión con otro establecimiento de igual clase contiguo o muy cercano; b) la imitación de los embalajes usados por una casa competidora en forma tal que induzca a confusión”.

¹⁷ Fernández-Nóvoa, C. *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*. Op. cit. Pág. 21.

¹⁸ Tallón García, J. *Los principios jurídicos de la Publicidad*. *Estudios de Información*, nº 17, enero-marzo de 1.971: pág. 102

¹⁹ Art. 132 de la Ley de Propiedad Industrial: “d) Propagar a sabiendas falsas aserciones contra un rival con objeto de quitarle clientela; e) Publicar anuncios, reclamos o artículos de periódicos que tienden a desprestigiar la calidad de los productos de los contrincantes”.

de Fernández-Nóvoa permite englobar la publicidad comparativa (incluso aquella basada en afirmaciones veraces) dentro de estos actos denigratorios debido a la amplitud que se le añade a esta situación²⁰.

Tallón García señala que el caso más grave es el de la denigración personal, pues podría derivar en un delito de injurias o calumnias y, en cuanto a la publicidad comparativa, no considera que ésta sea ilícita si se sostiene sobre afirmaciones veraces, la comparación se realiza de manera indirecta entre el producto anunciado y todos los demás de su misma gama y ese carácter comparativo es así reconocido por los consumidores²¹.

En tercer lugar se considera competencia desleal *“la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”*. Se trata, en este caso de una norma abstracta que *“intenta cubrir ampliamente todos aquellos supuestos que no tengan cabida en los dos apartados anteriores”*²².

Sin embargo, Fernández-Nóvoa²³ considera que este último punto mantiene una relativa importancia, pues venía a resolver una de las mayores lagunas que, en materia de competencia ilícita o desleal, presentaba el ordenamiento español. Es decir, hasta ese momento no existía en la legislación española ninguna cláusula que prohibiese expresamente los actos de competencia desleal.

²⁰ Fernández-Nóvoa, C. *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*. Op. cit. Pág. 22.

²¹ Tallón García, J. *Los principios jurídicos de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 103.

²² Tallón García, J. *Los principios jurídicos de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 103.

²³ Fernández-Nóvoa, C. *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*. Op. cit. Pág. 23 y ss.

No aparecía reconocido en la Ley de Propiedad Industrial de 1.902, cuyo art. 131²⁴ simplemente se limitaba a definir de forma genérica los actos de competencia desleal, a la vez que parecía dejar fuera aquellas actuaciones de competencia ilícita dirigidas contra empresarios que tuvieran su propiedad fuera del amparo de la ley.

La cuestión fue solventada por medio de la interpretación sistemática de dicho artículo con el art. 4 del Estatuto de la Propiedad Industrial del año 29, donde se establece que *“La protección de las diferentes formas establecidas por el presente Estatuto se entiende aplicable a la industria y al comercio en todas sus manifestaciones, incluidas las industrias agrícolas, forestales, pecuarias y biológicas, y da derecho a perseguir la competencia ilícita y las falsas indicaciones de procedencia sin necesidad de llenar previamente formalidades administrativas”*.

3.2.2.- De las creaciones e ideas publicitarias.

Además de los Principios Generales afirmábamos que una de las mayores novedades del Estatuto del año 64 se encuadraba en el hecho de hablar por primera vez de las creaciones e ideas publicitarias en los arts. 70 y 71.

El art. 70 afirma: *“Sin perjuicio de que las creaciones intelectuales o las invenciones que resulten de cualquier actividad publicitaria puedan gozar de los derechos de propiedad intelectual o industrial, las ideas publicitarias que posean la condición de novedad u originalidad atribuirán*

²⁴ Art. 131 de la Ley de Propiedad Industrial de 1.902: “Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley”

a su autor el derecho de perseguir cualquier posible imitación o a prohibir su utilización para fines distintos de los pactados". Es decir, el autor es titular de derechos para la persecución del uso fraudulento de su obra publicitaria, si ésta es susceptible de ser protegida por la legislación vigente, una persecución que también podrá ser desarrollada por el empresario en caso de que esas ideas surgiesen dentro de la agencia publicitaria (art. 71).

Sin embargo, será preciso hacer algunas matizaciones a esta cuestión que, en principio, puede parecer sencilla.

Según Cabanillas Gallas²⁵, el art. 70 nos habla de tres tipos de creaciones publicitarias: las protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual de 1.879, las que protege la de Propiedad Industrial y aquellas que, por su condición de novedad u originalidad, facultan a su autor a perseguir la imitación o plagio frente a cualquier persona y a impedir su uso de forma distinta a la pactada.

Fernández-Nóvoa recoge además el pensamiento de Cuesta Rute²⁶, que califica de singular y contradictorio, por defender que la tutela dispensada al creador de una obra publicitaria proviene del Estatuto y de la Ley de Propiedad Intelectual pero, a la vez, alega que el art. 70 solo protege al autor frente al anunciante y no frente a terceros para lo que deberá atenerse a lo establecido en materia de propiedad intelectual.

²⁵ Cabanillas Gallas, P. *Principios jurídicos de la Publicidad Española*, Madrid, 1.967. Recogido por Fernández-Novoa en *La protección jurídica de las creaciones y obras publicitarias*. Estudios de Derecho de la Publicidad. Homenaje a la Facultad de Derecho o autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa, Catedrático de Derecho Mercantil nos XXV años de cátedra. Universidad de Santiago de Compostela, 1.989. Pág. 236.

²⁶ Fernández-Nóvoa, C. En *La protección jurídica de las creaciones y obras publicitarias*. Estudios de Derecho de la Publicidad. Op. cit. Pág. 237.

Para Fernández-Nóvoa, el art. 70 del antiguo Estatuto tiene dos finalidades, la primera de ellas sería incluir dentro del “Derecho Común de la Propiedad Intelectual las creaciones u obras publicitarias; y, en segundo término, instaurar un derecho o régimen especial para la protección singular de las obras o creaciones publicitarias”²⁷.

Es decir, las obras publicitarias pueden desembocar en determinados casos en obras intelectuales protegidas por el derecho de autor si cumplen los requisitos legales exigidos, es decir, si son inscritas o depositadas en el registro de la Propiedad Intelectual, tal y como establecía la Ley de 1.879.

Pero el art. 70 del Estatuto establece además ese régimen especial para las obras publicitarias pues éstas pueden ser protegidas incluso cuando no han sido inscritas en el Registro. Hay dos tipos de protección, por la vía del derecho de autor y por la vía del Estatuto. Se trata de una opinión también compartida por Lema Devesa²⁸, quien considera que el autor o creador de la obra publicitaria puede defender sus derechos frente a la otra parte contratante y frente a terceros, contrariamente a lo defendido por Cuesta Rute, tal y como se expuso anteriormente.

Para Santaella, a pesar de no materializarse la Disposición Adicional Segunda del Estatuto (en la que se establecía que el gobierno regularía las normas precisas para el desarrollo de los arts. 70 y 71) sobre los derechos de propiedad intelectual, ambos artículos tuvieron el mérito de “plantear la existencia de un régimen jurídico específico para la protección de las ideas publicitarias que posean la condición de novedad u originalidad”²⁹.

²⁷ Fernández-Nóvoa, C. *Estudios de derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 238.

²⁸ Lema Devesa, C. *La Propiedad Intelectual en la Publicidad*. Comunicación y Estudios Universitarios. Revista de CC.II nº7, 1.997. Pág. 87.

²⁹ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Civitas. Madrid, 1.989. Pág. 170.

El Estatuto reconoce además una protección que puede llegar también por la vía de la Propiedad Industrial que regula “aquellas creaciones de signos distintivos e invenciones que dan lugar a la posterior actividad publicitaria, siendo esta actividad consecuencia de una verdadera creación que, siguiendo las normas del Estatuto de la Propiedad Industrial, podríamos designar como creación industrial o creación mercantil si pretendemos ser más fieles a toda una actividad económica de la cual es parte la creación publicitaria”³⁰.

Es decir, la Propiedad Industrial regula y protege las creaciones de signos distintivos que luego van a ser utilizados por los creativos en sus obras publicitarias, pero no la obra en sí. Santos Lago³¹ distingue así entre las “creaciones mercantiles” (signos distintivos de producción y de comercio) sobre las que se apoyan las creaciones publicitarias y las “creaciones industriales”, donde estarían incluidas las patentes.

Dentro de las creaciones mercantiles se situarían las marcas (art. 118 del EPI: “*Todo medio o signo material, cualquiera que sea su clase y forma, que sirva para señalar y distinguir de los similares los productos de la industria, el comercio y el trabajo*”), entre las que Santos Lago incluye el slogan publicitario del que afirma: “entiendo que el slogan publicitario debe ser considerado como objeto de marca y, por tanto, susceptible de registro (...) y su inclusión parece evidente, sobre todo si se tiene en cuenta la fecha de redacción del Estatuto de Propiedad Industrial y el desarrollo posterior de la publicidad”³². Además engrosan las creaciones mercantiles los

³⁰ Santos Lago, J.L. *Creaciones publicitarias y propiedad industrial*. Revista del Instituto Nacional de la Publicidad, nº 13, julio-agosto, 1.969. Pág. 30.

³¹ Santos Lago, J.L. *Creaciones publicitarias y propiedad industrial*. Op. cit. Pág. 32.

³² Santos Lago, J.L. *Creaciones publicitarias y propiedad industrial*. Op. cit. Pág. 32.

nombres comerciales (arts. 166 y ss del EPI) y los rótulos de establecimientos (arts. 209 y ss).

Hablamos en todo caso de obras y creaciones publicitarias, no de ideas puras y abstractas que no tienen protección en el ordenamiento jurídico, “no basta para la protección que exista una pura idea publicitaria, sino que es necesario que esta idea se haya exteriorizado suficientemente, concretándose exteriormente en un determinado resultado publicitario. De esta manera resulta que lo protegido es más la creación ideada que la idea considerada en sí misma o el esfuerzo o la energía intelectual desarrollados en la ideación”³³. Recordemos que hablamos de bienes inmateriales, que necesitan ser materializados en un soporte, obras “*que puedan darse a la luz por cualquier medio*”(art. 1 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1.879). Esa necesidad de materialización es requisito imprescindible también para que sea factible la protección de la creación publicitaria a través del Estatuto.

Fernández-Nóvoa recoge toda una filosofía de pensamiento no sólo en la doctrina española, sino a lo largo y ancho del Derecho Comparado para establecer que ese objeto de protección del Estatuto serán las obras publicitarias, las ideas materializadas y no las ideas en sí mismas.

Así, Sánchez Román³⁴ establece que “las ideas en sí mismas consideradas no son de nadie, en el momento que se hallan consignadas en un medio material son de quien las dice como nadie”; por su parte, la Ley de

³³ Cabanillas Gallas. *Principios jurídicos de la publicidad española*. Citado por Lema Devesa, C. en *La propiedad intelectual en la publicidad*. Comunicación y Estudios Universitarios. Op. cit. Pág. 88.

³⁴ Citado por Fernández-Nóvoa, C. en *La protección jurídica de las obras y expresiones publicitarias*. Estudios de Derecho de la Publicidad. Op. cit. Pág. 241.

11 de marzo de 1.957 sobre Propiedad Literaria y Artística en Francia afirmaba en su art. 2: “*Se protege la forma de expresión de las creaciones del espíritu...*” y, en la doctrina alemana, Troller y Ulmer afirmaban que las ideas se encuentran en “tierra de nadie”, destacando su pertenencia al dominio público, idea también defendida por el americano Nimmer³⁵ para quien las ideas “son tan libres como el aire”.

Si se permitiese la protección de las ideas, estaríamos tirando por tierra la finalidad primordial del derecho de autor, que no es otro que promover el fomento de la cultura, es decir, aumentar el patrimonio de todos a través de las aportaciones particulares de los autores, lo cual no podría llevarse a cabo en caso de que cada idea perteneciese al primer individuo que la expresase, pero además, la apropiación de ideas supondría un duro ataque a la libertad de expresión, ya que no habría espacio para el diálogo ni para la discusión.

Cuesta Rute³⁶ señala que “la obra publicitaria es, en principio, una creación objetivamente apta para recibir una protección jurídica, porque no son las ideas abstractas, sino el mensaje concreto al que se debe reconocer originalidad”.

En el caso de la obra publicitaria, el objeto susceptible de protección son los elementos o piezas que integran toda la campaña, en palabras de Santaella “la determinación de objetivos del plan de marketing, la elaboración del mensaje base, la determinación de la única proposición de venta, la realización de la plataforma creativa y la adaptación del mensaje

³⁵ Ídem, pág. 245.

³⁶ Ídem, pág. 240.

base a los medios... todos ellos, en cuanto a su contenido inmaterial, son el objeto de la creación publicitaria”³⁷. Es decir, la creación publicitaria como resultado de todo un proceso en el que participan infinidad de variables y de cuestiones, tal y cómo planteábamos en el primer capítulo de este trabajo al desarrollar el proceso creativo publicitario.

Sin embargo, y del mismo modo que ocurre con las creaciones que no son publicitarias, el requisito para que éstas sean protegibles estriba en que cumplan el requisito de la originalidad: “... *las ideas publicitarias que posean la condición de novedad u originalidad...*”(Art. 70 del Estatuto de la Publicidad).

Fernández-Nóvoa afirma que “las ideas publicitarias exteriorizadas y plasmadas en obras y creaciones publicitarias protegibles pueden revestir diversas formas concretas de expresión: el lenguaje, las imágenes, la música... Pero, en todo caso, las obras y creaciones publicitarias han de ser originales para merecer la protección otorgada por el art. 70 del EP”³⁸.

Si bien el Estatuto habla de originalidad o novedad, estamos con Fernández-Nóvoa cuando afirma que la novedad es un requisito exigible o aplicable a invenciones patentables, pero no a creaciones publicitarias, para las que es un requisito ajeno por su propia naturaleza. A ellas corresponde exigirles originalidad, pero una originalidad en sentido subjetivo, es decir, debe existir el sello de la personalidad del autor, es el resultado de su actividad individual y personal, una obra fruto de su espíritu, originalidad de

³⁷ Santaella, M. *Introducción al Derecho de la Publicidad*. Civitas. Madrid, 1.982. Pág. 326.

³⁸ Fernández-Nóvoa, C. *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 253.

la que ya hablamos en páginas anteriores al referirnos al requisito de la originalidad en la LPI de 1.987.

Hablamos de creaciones publicitarias que han de ser originales para ser protegidas por el Estatuto y que, tal y como se establece en los art. 70 y 71, facultan al autor para la defensa de la creación frente a las imitaciones o usos indebidos, así como al empresario en caso de que la obra haya sido producida en la agencia.

Pero es preciso además tener en cuenta los contratos que pueden producirse en el desarrollo de la actividad publicitaria; primero habremos de referirnos al contrato de publicidad regulado en el art. 31 del Estatuto: *“Contrato de publicidad u orden publicitaria es aquel en que una parte cliente o anunciante encarga a una Agencia la creación, preparación, programación o ejecución de una campaña publicitaria mediante una contraprestación en dinero, que normalmente consiste en una comisión fija calculada sobre el valor total de dicha campaña”*.

Para el asunto que nos ocupa habrá de señalarse a continuación el contrato de obra o creación publicitaria, definido en el art. 40: *“aquel en el que una parte, estudio o Agencia se obliga a crear en favor de otra, cliente, un programa o plan de publicidad o cualquier otro elemento publicitario a cambio de una prestación en dinero”*.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el autor no tiene toda la libertad que pueda parecer para decidir sobre la obra, ya que tal y como se expresa en el art. 42 del Estatuto: *“Salvo excepción expresa en contrario, en todo contrato de creación publicitaria se presumirán cedidos a favor del*

cliente los derechos de utilización publicitaria de los elementos creados dentro del plan o programa”.

Es decir, el autor de la creación publicitaria se sitúa, primariamente, como titular del derecho de propiedad sobre la obra pero se dan otra serie de variables, pues ese autor se halla inmerso en una relación jurídica en virtud de la cual “esa propiedad que él acaba de crear e, incluso, de adquirir, se transmite de un modo casi automático, instantáneamente, a otro sujeto de derecho distinto por la existencia, como ocurre generalmente, de una relación de carácter laboral”³⁹. El creativo mantiene una relación laboral, por lo que el resultado de su trabajo pasará a ser propiedad del empresario, quedándole al creativo un cierto derecho moral de autoría sobre la obra.

Se trata de una cuestión admitida en el art. 70 del Estatuto, ya que se faculta al autor a perseguir las imitaciones que de la obra publicitaria puedan derivarse, pero será sobre todo el empresario el que esté facultado para desarrollar la defensa de la misma, ya que el anunciante tan sólo posee los derechos de explotación de ésta en tanto en cuanto el uso que haga de ella sea el establecido en el contrato. En el momento que el anunciante utilice la obra para otros fines, entrarán en colisión sus derechos de explotación con los de el empresario, que es quien mantiene la propiedad en virtud de la relación laboral que el creativo mantiene con él.

De ello resulta que no decidirá el creativo publicitaria cuál va a ser el uso que se dé a su obra pues, en virtud de la relación laboral mantenida y del contrato de creación, sus derechos sobre la utilización y explotación de la obra han sido ya cedidos. Es decir, al creativo le quedará simplemente el

³⁹ Santaella, M. *Introducción al derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 327.

reconocimiento moral de ser el autor de la obra y el derecho a perseguir imitaciones de la misma.

Pero hemos de tener en cuenta otro factor más, y es que la Ley de Propiedad Intelectual de 1.879, vigente durante la vida del Estatuto, no reconoce expresamente el derecho moral de los autores. Recordemos que en páginas anteriores establecíamos que el reconocimiento de la vertiente moral del autor no se produce de forma expresa hasta la LPI actual.

La Ley de 1.879 sigue teniendo (al igual que la Ley de Propiedad Literaria de 1.847), en cierto sentido, esa visión patrimonialista del derecho de autor. Expresamente sólo se reconocen las facultades patrimoniales, los derechos de explotación cuya aplicación serían la única forma de sacar rendimiento a la obra, pero para ello el autor deberá ceder sus derechos, salvo que también sea empresario y pueda sacarla a la luz.

A pesar de ello, cabe recordar también que dicha Ley reconocía una serie de facultades al autor (que en su momento denominamos morales) que afectaban muy directamente al carácter personal del autor y a su protección, caso del art. 44 de la LPI 1.879: *“Derecho a manifestar de forma solemne su voluntad de que su obra no vea la luz pública”* o el art. 93 del Reglamento de 1.880: *“Derecho a prohibir por completo y en absoluto su ejecución”*.

Es decir, la Ley de 1.879 consideraba la propiedad intelectual del mismo modo que la ordinaria y, por tanto, transmisible en el mismo sentido.

Transmisión que podía ser global o de derechos singulares, siendo la cesión de derechos del creativo publicitario del primer tipo a tenor de lo delimitado en el art. 42 del Estatuto de la Publicidad (contrato de creación).

A pesar de todo ello, Rodríguez Tapia⁴⁰ afirma que no es lo mismo “el autor que el adquiriente por título traslativo de dominio”, es decir, por el mero hecho de adquirir, el cesionario no obtiene los mismos derechos que pertenecían al autor”. Cuestiones ya referidas en el capítulo anterior y que recordamos someramente, así el art. 8 de la LPI de 1.879 subordina la publicación lícita a la autorización del autor sea o no éste el propietario. El art. 32 establece que el derecho de colección permanece en el autor, salvo que se haga mención expresa de su cesión (*“Cuando por no haber enajenado expresamente el derecho de colección, pero sí la propiedad de las obras...”*, art. 21 del Reglamento de 1.880).

Cabe destacar además que los autores gozaban de una serie de beneficios fiscales, que no parecen atribuibles a los propietarios de la obra y que se manifestaban en el art. 35 de la LPI: *“Los autores de las obras científicas, literarias o artísticas estarán exentos de todo impuesto, contribución o gravamen por razón de inscripción en el registro”*.

Por lo que se refiere a las cesiones parciales, parece que es el art. 9 del Reglamento de 1.880 el que deja ver esta posibilidad al establecer: *“Toda transmisión de la Propiedad Intelectual, cualquiera que sea su importancia...”*. Rodríguez Tapia considera, sin embargo, que ha de hacerse una interpretación restrictiva de dicha situación habida cuenta que, para la

⁴⁰ Rodríguez Tapia, J.M. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1.992.

transmisión es requisito imprescindible la escritura pública y el autor no recurre a ella para “cesiones parciales o temporales de sus derechos”⁴¹

Uniendo lo dicho anteriormente cabe deducir que, a los creativos publicitarios de la época, poco les quedaba salvo el reconocimiento de la autoría, habida cuenta de la cesión de derechos realizada por virtud del contrato de creación, de tal forma que los derechos de explotación de la obra para fines publicitarios estaban en manos del anunciante, mientras que los usos no publicitarios de la creación estaban en poder del empresario para el que desarrollaba su trabajo.

Hasta aquí hemos hecho un muy breve análisis de lo que significó el Estatuto de la Publicidad, deteniéndonos brevemente en los “principios rectores” de la actividad publicitaria y en la situación de los autores de creaciones publicitarias y sus derechos en virtud de lo establecido en el propio Estatuto y en la legislación de propiedad intelectual del momento.

A pesar de ello, es preciso destacar que el Estatuto no estuvo exento de lagunas que tuvieron importantes repercusiones en el desarrollo de la actividad publicitaria. Santaella⁴² señala, por ejemplo, que la definición de dicha actividad, recogida en el art. 2, se olvida de cuestiones tan importantes como la elaboración de mensajes que el propio Estatuto no reconocía como publicidad, caso de la publicidad política o el hecho de que, salvo en el inicio del art. 10, no haga mención a los consumidores o a su protección.

⁴¹ Rodríguez Tapia, J.M. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Op. cit. Pág. 32.

⁴² Santaella, M. *Valoración crítica ante una posible reforma del Estatuto de la Publicidad*. Op. cit. Págs. 100 y ss.

El Estatuto del año 64 se olvida de regular la situación de los sujetos de la actividad publicitaria, salvo el de la agencia que es regulado de forma precisa, y no observa las peculiaridades del anunciante.

Dicho autor destacaba la necesidad del autocontrol dentro de la actividad publicitaria y una regulación de los distintos tipos de publicidad. Para Santaella, la reforma del Estatuto de la Publicidad habría de suponer “la revisión de la propia formulación, e incluso la existencia de los llamados principios generales de la actividad publicitaria”⁴³. Cuestión que cobraría interés con la llegada de la Ley de Publicidad de 1.988, si bien es cierto que no de un modo tan explícito como se esperaba.

3.3.- La Ley General de Publicidad (Ley 34/88 de 11 de noviembre).

La adhesión de España a la Comunidad Europea supone la actualización de la legislación española en aquellas materias que necesitaban de armonización con respecto a la normativa comunitaria.

En este ambiente se proyecta la nueva Ley de Publicidad que vendrá a sustituir al Estatuto, anticuado por el paso de los años y carente de la flexibilidad suficiente para dirigir una actividad en constante desarrollo como es el caso de la publicidad, que se había quedado obsoleto en determinados temas como ya dejamos de manifiesto en páginas anteriores y, cuya renovación también era precisa por los cambios ocurridos en el sistema político español.

⁴³ Santaella, M. *Valoración crítica ante una posible reforma del Estatuto de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 103.

La nueva ley publicitaria se divide en cuatro Títulos, dedicándose el primero de ellos a las Disposiciones Generales y definiendo la actividad publicitaria en el art. 2: *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

Se trata de una definición bastante más adecuada al fenómeno publicitario que la ofrecida por el antiguo Estatuto, si bien sigue centrándose en la “contratación, directa o indirecta de bienes y servicios” y obvia, al igual que ocurría con el antiguo Estatuto, otras formas de publicidad. Sin embargo, reconoce que éstas existen, pues si bien no las regula, en el art. 9 establece que a ellas le son aplicables las normas referentes a la contratación publicitaria.

Dicho art. 2 introduce además una novedad pues incluye la definición de los destinatarios de la comunicación publicitaria: *“Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance”*. Definición que puede tener su origen en el hecho de que la nueva legislación publicitaria nace por ser precisa una armonización con las normas europeas y que, en el Derecho Comunitario, la normativa publicitaria se encuadra en el amplio marco de la protección de los consumidores y sus intereses.

Esta presencia de los consumidores, su protección y defensa, deriva también de los avances registrados en dicho campo y reflejados en el art. 51 de nuestra Constitución y en la Ley General de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1.984.

El Título II lo destina la nueva ley a la publicidad ilícita, relatando sus formas en el art. 3: *“a) La publicidad que atente contra la dignidad de las personas o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, juventud y la mujer. B) La publicidad engañosa. C) La publicidad desleal. D) La publicidad subliminal. E) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad en determinados productos, bienes, actividades o servicios”*.

Los arts. 4 y ss. se destinan a la definición de las distintas formas de la publicidad ilícita, constituyendo los límites a la actividad publicitaria y, por derivación, a la actividad creativa, que habrá de guardarse de sus manifestaciones.

Los dos últimos Títulos de la Ley se destinan respectivamente a la contratación publicitaria, donde nos pararemos a continuación y, a la acción de cesación y rectificación de los procedimientos.

3.3.1.- De la creatividad publicitaria y la situación de sus autores.

Para el tema que nos ocupa hemos de detenernos en el art. 22 de la LGP, en el que se define el contrato de creación publicitaria como *“aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga, en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario”*. Se trata de un artículo que se completa con el siguiente: *“las creaciones publicitarias podrán gozar de derechos de propiedad intelectual o industrial cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes.*

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo”(art. 23 LGP).

Encontramos en ambos artículos las claves para desglosar la situación de los creativos publicitarios y sus derechos de propiedad intelectual sobre sus obras:

- elaboración de una campaña, parte de ella o un elemento.
- susceptibles de derechos de propiedad si se cumplen los requisitos (establecidos en la propia LPI de 1.987).
- derechos de explotación de los creativos cedidos en virtud de la relación laboral mantenida con la agencia -no hay una referencia explícita en la LGP a los derechos morales-.
- cesión de derechos para los fines previstos y no otros, tanto por parte del anunciante como de la agencia.

Santaella se muestra, sin embargo, crítico con la formulación realizada en la actual Ley por considerar que supone un paso atrás con respecto a la legislación anterior, pues parece dar a entender que “la característica distintiva del contrato de creación publicitaria radica en que éste no se dirige propiamente a ejecutar la comunicación publicitaria, sino a la elaboración de elementos para su desarrollo efectivo, desde un proyecto - total o parcial- de campaña publicitaria a cualquier otro elemento publicitario”⁴⁴.

⁴⁴ Santaella, M. *El nuevo derecho de la Publicidad*. Civitas. Madrid, 1.989. Pág. 167.

Considera que se trata de una visión demasiado limitada de la actividad de creación y, estamos con dicho autor en su afirmación de que, a pesar de lo dicho en la LGP “la tipificación del contrato de creación publicitaria obedece, en nuestra opinión, a la existencia real de una obra o creación publicitaria plena y perfecta -la campaña de publicidad- y de creaciones publicitarias de carácter singular (proyecto de campaña, parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario”⁴⁵.

Tomaremos como referencia en nuestro estudio la obra publicitaria entendida de un modo global, es decir, el anuncio completo realizado por el grupo creativo y dejaremos de lado los derechos que pueden derivarse de la utilización de un slogan o de un logotipo, que pueden encontrar su amparo en la Propiedad Industrial.

Es decir, en el punto de mira la obra publicitaria completa, el resultado final tras un proceso largo de investigación, ya sea un solo anuncio o toda una campaña, pero desde un punto de vista de obra finalizada y materializada, sin tener en cuenta otro tipo de derechos afines que derivan, por ejemplo, de la utilización de determinada música o imágenes en el anuncio o de conceptos jurídicos relacionados con el derecho de autor tales como el derecho de marcas... Entenderemos de forma extensiva el concepto de creación publicitaria de tal forma que “nos permita albergar todos los frutos de las creaciones del espíritu, sean singulares o colectivas y acabadas o completas o constituidas por elementos individualizadores”⁴⁶.

⁴⁵ Ídem, pág. 167.

⁴⁶ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 168.

Para que dicha obra publicitaria sea susceptible de protección al amparo de la LPI, habrá de cumplir con los requisitos establecidos en el art. 10 de la Ley, es decir, el requisito de la originalidad, una originalidad subjetiva, como ya hemos manifestado en ocasiones anteriores, fruto del trabajo de sus creadores que dejan su huella en el resultado final, es decir, es “su” forma de entender la belleza, la amistad, la tecnología...y que, además ha de constituirse como algo distinto al resto de obras existentes.

Todo ello a través de una serie de recursos que detallamos al hablar de la estrategia creativa y que van a individualizar ese anuncio, convertirlo en una pieza única, ese “algo” que distingue un anuncio de Nike de otro de Adidas, un anuncio de Coca-Cola de uno de Pepsi, lo que diferencia a la colonia Nenuco del perfume Cacharel, lo que individualiza a Telefónica frente a Retevisión, es decir, el modo de interpretar la promesa que queremos transmitir a nuestro consumidor.

Hablamos, en definitiva, de bienes inmateriales en los que existen el *corpus mysthicum* (la idea o creación) y el *corpus mechanicum*, es decir, el soporte tangible a través del cual se nos hace perceptible esa idea o creación, lo que permite afirmar que las creaciones publicitarias son bienes inmateriales en sentido estricto⁴⁷.

Tenemos un resultado final, susceptible de protección. Sólo cabe preguntarnos entonces a quién pertenece esa obra: ¿a su autor o autores, a quien paga a los autores, a quien ha encargado la obra?.

⁴⁷ Lema Devesa, C. *La propiedad Intelectual en la Publicidad*. Comunicación y Estudios Universitarios, nº 7, 1.997. Pág. 86.

Para ello debemos desglosar todo el trabajo y las relaciones que se establecen entre los sujetos protagonistas ya que hablamos de obras en coautoría, de obras colectivas que, además son anónimas, es decir, no firmadas por sus autores, sino por una agencia; se trata además de trabajadores asalariados en una relación laboral con la agencia que suscribe un contrato con un anunciante y que, en virtud de dicho contrato, han cedido los derechos de explotación sobre una obra de la que son autores. Será preciso analizar todo el entramado de la agencia, entidad tradicional dentro del mundo publicitario para el desarrollo de la tarea creativa.

El equipo creativo de una agencia es el encargado de elaborar la campaña o anuncio, sin olvidar que todos los departamentos de la agencia serán necesarios para sacar adelante la propuesta, cumpliendo cada uno con su cometido y siempre en contacto permanente los unos con los otros para poder recabar el máximo de información y sacar el máximo partido de ella.

La agencia de publicidad sigue siendo el lugar preferido para el desarrollo de la actividad creativa de los publicitarios, arropando todo el entramado de la actividad publicitaria desde el principio hasta el final. Sin embargo, es preciso destacar que no son los únicos lugares en que la actividad creativa se lleva a cabo.

Hemos de tener en cuenta que el desarrollo de la profesión ha dado lugar en las últimas décadas a la aparición de las agencias creativas, cuyo trabajo no se materializa sólo en el campo de la creación de anuncios de publicidad, sino que ofrecen su creatividad y saber hacer a cualquier empresa o entidad dentro de un ámbito comunicativo más general.

De reciente aparición son también las agencias de márketing directo, los *freelance* que desarrollan su actividad creativa de modo individual, las agencias a la carta, los servicios de compra de medios o los departamentos de publicidad de los propios anunciantes en ingente crecimiento en los últimos años.

El equipo creativo se compone normalmente de varias personas. No hay una fórmula concreta o una organización fija para la formación de este departamento, aunque su estructura básica está formada por el redactor o *copy*, director de arte y director creativo, constituyendo el núcleo central del departamento.

Éste último será el responsable del equipo, “de su rendimiento, tanto de las buenas como de las malas ideas que se traducen en campañas o en anuncios concretos, por eso dirige, supervisa y aprueba el trabajo del mismo”⁴⁸. En palabras de Kleppner, el director creativo “establece la filosofía de la agencia y sus estándares de capacidad y genera un ambiente estimulante que inspira a las mejores personas a buscar trabajo allí”⁴⁹

Por su parte, tradicionalmente se afirma que la parte verbal es trabajo del redactor o *copy*, las ideas y conceptos son obra del director creativo y quien expresa dichos conceptos en imágenes es el director de arte.

Como es lógico pensar, esto no siempre ocurre así, pues los papeles pueden “cambiarse” cuando la compenetración es completa entre el equipo.

⁴⁸ Hernández Martínez, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 94.

⁴⁹ Russell, J.T. y Ronald Lane, W. *Kleppner Publicidad*. Prentice Hall, 12ª edición. México, 1.994

Cabe recordar las palabras ya señaladas de Ogilvy con las que reivindicaba para todo el mundo la capacidad para conseguir buenas ideas, desechando que fuese un monopolio en poder de los creativos de una agencia.

Ello nos lleva de nuevo a destacar la importancia que la investigación tiene para desarrollar una buena creatividad, lo que dentro de la agencia se traduce en el hecho de que el departamento creativo no puede ser una especie de laboratorio donde de forma secreta trabajan los creativos. Estos deben estar en contacto permanente no sólo con el mundo, como afirmaba Lorente y hemos destacado anteriormente, sino que han de trabajar codo con codo con el resto de departamentos que conforman la agencia.

Incluso hay autores, como Echeverría⁵⁰, que afirman que el grupo creativo óptimo estaría compuesto por el director de medios, director de arte, director de investigación, redactor o *copy* y el director creativo o animador de las sesiones encargado de obtener los mejores resultados de cada uno de los miembros. Para este autor se daría entonces una especie de comunicación integral que permite tratar el problema desde distintos puntos de vista.

El departamento de cuentas⁵¹ es el que establece contacto con el cliente y el que recibe la información acerca de lo que dicho cliente quiere; si es preciso obtener más datos en un momento determinado será éste el departamento encargado de hacerlo. Siendo la información uno de los bienes más preciados para los creativos, éstos habrán de estar en contacto

⁵⁰ Echeverría, M.A. *Creatividad & Comunicación*. GTE Editorial. Madrid, 1.995. Pág. 109.

⁵¹ García Uceda. M. *Las claves de la publicidad*. Op. cit. Pág. 85. También en Russell y Lane, *Kleppner Publicidad*, pág. 132 y Hernández Martínez, *Manual de creatividad publicitaria*, pág. 100.

permanente con sus compañeros de cuentas. Es el responsable de formular la estrategia básica de publicidad y verificar que dicha publicidad cumple los objetivos .

Además, este equipo es quien toma las decisiones acerca de cómo va a desarrollarse la estrategia de comunicación, creando las directrices a seguir por los creativos. El flujo de comunicación entre ambas secciones será, por tanto, imprescindible para que el trabajo llegue a buen término.

Por otro lado, el departamento de medios tampoco es ajeno a la actividad de los creativos y viceversa. Evidentemente, el contenido del mensaje es labor que no puede realizarse sobre la nada, es decir, hemos de saber cuáles son los medios por los que va a difundirse la campaña o el anuncio ya que así podremos saber sus ventajas e inconvenientes, cuál es el mejor aspecto a destacar o la mejor forma de expresar la promesa, la idea que queremos transmitir. No es lo mismo crear para radio o vallas, para prensa o televisión.

En cada caso la expresión material de la idea tendrá sus propias peculiaridades.

Otra de las relaciones fundamentales de los creativos se desarrolla con el departamento de investigación, algo imprescindible para lograr los objetivos marcados. Hemos dicho que la estrategia creativa marca las pautas a seguir a partir de una serie de datos e informaciones dadas por el anunciante y luego reelaboradas. Sin embargo, en ocasiones, es preciso desmarcarse de ellas para lograr la forma adecuada del mensaje, para que el mensaje sea efectivo, para minimizar al máximo el riesgo y ahí es donde

entra en juego la investigación, con un intento de corregir errores antes de que sea demasiado tarde.

La investigación “proporciona a los creativos información útil no solo respecto a la validez del material creativo, sino también datos enormemente valiosos sobre el comportamiento del consumidor, su perfil psicológico y su contexto social...”⁵².

Además de las buenas relaciones con el resto del departamentos, el equipo creativo tiene como función específica la ejecución de todas las tareas destinadas a la creación, diseño, realización y supervisión de cualquier trabajo publicitario del que se responsabilice la agencia.

Es decir, se trata de buscar la expresión creativa de la estrategia planteada, de dar forma a las necesidades del cliente por medio de un mensaje que le acerque a su público y responda, además a las directrices determinadas por el departamento de cuentas.

Esas directrices, de las que ya hemos hablado con anterioridad, serán el caldo de cultivo para que de ellas surja el concepto creativo, la idea creativa de la campaña a la que luego habrá de darse forma. Esa idea que nos permita resumir, individualizar todo lo que vamos a querer expresar en el mensaje.

El equipo creativo será, en definitiva, el encargado de dar forma a las directrices que la agencia planteará al anunciante para dar solución a sus problemas, el encargado de crear un mensaje original, distinto al del resto de competidores y que, además, sea eficaz para los objetivos del anunciante.

⁵² Hernández Martínez, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Op. cit. Pág. 102 y ss.

Decíamos con anterioridad que, si bien no hay una estructura fija en la organización del departamento creativo, su núcleo está formado por el director creativo, el director artístico y el redactor o *copy*, siendo el responsable final del anuncio el director creativo, responsable del equipo y supervisor del trabajo.

Todos ellos deberán combinar “la imaginación conceptual (talento para percibir relaciones entre conjuntos aparentemente relacionados) y la función creativa propiamente dicha”⁵³.

Es decir, ha habido una evolución entre el papel de los creativos desde el inicio de la profesión hasta la actualidad. Sólo hemos de pensar que, en el comienzo de la publicidad, las campañas se basaban más en la intuición que en la investigación, prácticamente inexistente.

Actualmente todo es más elaborado, hay más información y datos, si bien es preciso tener en cuenta que sigue siendo necesaria esa pequeña dosis de imaginación, de intuición, para poder sorprender a un público saturado por la gran cantidad de mensajes que recibe diariamente. De ahí la necesidad de que el grupo creativo “combine a profesiones de distinta especialidad y procedimientos, con distintas visiones de la realidad y distintas referencias”⁵⁴; de toda esa amalgama podrán salir ideas geniales.

A la vista de dicha situación, hemos de entender que el trabajo desarrollado por este grupo es una obra en coautoría, colectiva, siguiendo las directrices de la Propiedad Intelectual, a las que hay que añadir la

⁵³ Echeverría, M.A. *Creatividad & Comunicación*. GTE Editorial. Madrid, 1.995. Pág. 105.

⁵⁴ Echeverría, M.A. *Creatividad & Comunicación*. Op. cit. Pág. 106.

particularidad de que se desarrolla en el marco de una relación laboral que el grupo desarrolla dentro de una agencia, al amparo de un empresario con el que se mantiene una relación contractual.

3.3.1.1.- *Obra colectiva. La coautoría.*

Decíamos que la obra publicitaria es una obra colectiva: *“la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada”*(art. 8 LPI).

Podemos pensar que aquí podemos encuadrar la obra publicitaria, ya que es el resultado de la colaboración de varios autores (el grupo creativo) que la llevan a cabo bajo la supervisión de un coordinador, el director creativo, pero que además se realiza por la iniciativa de otro (el anunciante), y a lo que hay que añadir que la obra aparecerá firmada por una persona física o jurídica (empresario/agencia) y que el resultado es una creación única que no puede separarse en partes.

Se producen aquí dos situaciones, pues si bien los derechos van a pertenecer a quien divulga y edita la obra (art. 8 LPI), también es cierto que hablamos de una obra realizada en colaboración y que el art. 7 de la LPI establece que, en este caso, *“los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos”*.

Sin embargo, ambos preceptos no son excluyentes, pues en el caso de la creación publicitaria hay además una relación laboral, un contrato que une a ambas partes, lo que proporciona otra serie de variables a tener en cuenta y obliga a que exista una necesidad de observar ambas situaciones para establecer los pasos a seguir.

En primer lugar habremos de delimitar si estamos o no ante una obra, la publicitaria, que se realiza bajo la forma de una coautoría, que no existe siempre aunque haya una pluralidad de sujetos que intervengan en la creación de la obra, y que va a depender de distintas variables.

Vázquez Lepinette⁵⁵ establece que existen tres tipos de obras en función de la relación que exista entre los autores: en la obras en coautoría, la relación entre los autores es de colaboración; en las obras colectivas, la relación es de subordinación, es decir, los autores están sujetos a un coordinador y, en las obras compuestas, la relación que se produce es de incorporación por parte de los distintos autores.

Si trasladamos esta situación al plano de la titularidad de derechos de autor Vázquez Lepinette defiende que, en las obras en coautoría, hay una cotitularidad de derechos, la coexistencia de derechos se produce en las obras compuestas y, en las obras colectivas hay un único derecho de autor que recae sobre la persona física o jurídica del coordinador, salvo pacto en contrario.

⁵⁵ Vázquez Lepinette, T. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1.996. Pág. 125.

En la obra publicitaria se da tanto una relación de colaboración entre los miembros del equipo creativo, como de subordinación.

Relación de subordinación no sólo ante el director creativo, sino también de subordinación al anunciante y a las directrices marcadas por la agencia.

Relación de colaboración porque desarrollan su trabajo en un plano de igualdad y, cuanto mayor es la compenetración entre ellos, mejores resultados habrán de obtenerse, sin que pueda distinguirse qué parte corresponde a cada miembro.

Relación de subordinación, porque la última palabra habrá de tenerla el director creativo y, además, porque habrán de ceñirse a una serie de normas o directrices que vienen marcadas con anterioridad al inicio del trabajo.

Para que la coautoría exista en sentido propio es preciso que se den tres requisitos. El primero de ellos es la necesidad de la existencia de una pluralidad de autores. Autores entendidos como personas físicas, tal y cómo se establece en el art. 5 de la LPI (*...persona natural que crea...*) y no como persona jurídica.

A pesar de que el art. 5.2 establece que las personas jurídicas pueden beneficiarse en algunos casos de la protección que la Ley concede a los autores, estamos con Carrasco Perera⁵⁶ cuando afirma que “el art. 5.2 no

⁵⁶ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 5 en *Comentarios a la LPI*. Coordinados por Rodrigo Bercovitz. Op. cit. Pág. 108. De la misma opinión se muestra Vázquez Lepinette al afirmar que “el art. 5.2 no establece una excepción al principio de autoría en beneficio de las personas jurídicas, sino que excluye en determinados casos la atribución originaria plena del derecho de propiedad intelectual al autor”. *La cotitularidad de los bienes inmateriales...* Pág. 127.

excepciona el principio de autoría en beneficio de personas jurídicas, sino que, en su caso, excepciona la atribución originaria plena del derecho de propiedad intelectual del autor”, es decir, la autoría siempre es de las personas físicas, otra cosa es que se atribuya a la persona jurídica. El autor ha de ser siempre una persona física, aunque la titularidad de derechos recaiga sobre un ente jurídico.

El segundo requisito de la coautoría es la relación de colaboración que debe existir entre los autores, una colaboración creadora. Para que haya una colaboración “es preciso que cada autor haga una aportación original - no necesariamente de forma duradera- a través de la cual se exteriorice su personalidad, subordinada a una idea común, a una concepción común de la tarea”⁵⁷.

Por último, el resultado unitario es el tercero de los requisitos necesarios para la coautoría, planteándose un problema para establecerla cuando las aportaciones de los autores pueden separarse o diferenciarse, bien porque pertenecen a géneros distintos o por la propia estructura de la obra, de tal modo que “la única forma de saber si hay un resultado unitario es averiguar si el trabajo de cada uno de los autores se ha realizado con la finalidad de obtener un resultado común y si cada una de las aportaciones se ha efectuado en contemplación con las demás”⁵⁸.

Sin embargo, para Carrasco Perera lo definitorio de la coautoría no será el hecho de que colaboren varios autores en un resultado común, sino que “se exige que la contribución sea indistinguible. Por ello, la autoría del

⁵⁷ Vázquez Lepinette. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Op. cit. Pág. 129/130.

⁵⁸ Vázquez Lepinette, T. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Op. cit. Pág. 132.

art. 5 y coautoría son excluyentes, no se puede hablar de coautoría si se puede proceder a una asignación individual de autoría aunque el resultado sea tan inseparable que no quepa pensar en una explotación independiente⁵⁹.

De hecho, este autor señala distintos supuestos de obras en las que existe una colaboración de varios autores para producir un resultado conjunto sin considerar que todas ellas se mantengan bajo la forma de coautoría⁶⁰: las contribuciones indistinguibles no tanto por el resultado, sino porque no puede identificarse la aportación de cada autor; aquellas obras en que puede distinguirse la aportación de cada uno pero cuya explotación es inseparable; las aportaciones separables en su explotación pero cuya unidad proviene de la interdependencia creada por las partes que decidieron hacer un todo por encima de la explotación individual y, por último, aquellas aportaciones que pueden separarse pero que, de modo ocasional o permanente, figuran como un todo que se presenta como una unidad de explotación.

A la vista de lo establecido hasta el momento, podemos afirmar que el trabajo de un equipo creativo es un trabajo en coautoría, hay una colaboración entre las distintas piezas del engranaje que buscan una obra final, que no puede dividirse en partes que puedan ser identificadas bajo el nombre de un autor único, sino que es un resultado indivisible.

Pero además la creación de un anuncio publicitario cumple otro de los planteamientos reflejados en la LPI, el contenido de su art. 8, la obra

⁵⁹ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 7 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 132

⁶⁰ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 7 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 127.

colectiva. Hemos de recordar que, en la obra publicitaria la asignación de derechos no se atribuye a los autores, tal y como ocurre en otras obras en colaboración, sino a un coordinador que edita y divulga la obra.

Hablamos de obra colectiva porque la obra resultante no es para ninguno de los coautores en particular “porque el supuesto impide atribuirles un derecho sobre la obra resultante; de hecho, la integridad y contenido de la llamada obra colectiva es decidida por quien edita y divulga la obra”⁶¹.

En la obra colectiva se da además una relación de jerarquía o subordinación, tal y cómo referimos anteriormente, ya que el resultado final no va a depender de los coautores, pues la última palabra la tendrá el coordinador.

En el caso publicitario, es el director creativo quien decide finalmente sobre el anuncio, el que se responsabiliza de la ejecución de la idea planteada, él será quien establezca si las aportaciones de determinados miembros se verán plasmadas en la obra final. Y eso tendrá su consecuencia en los derechos sobre la obra, cedidos a quien la divulga o edita, tal y como establece el art. 8, pero que en el caso publicitario mantiene la particularidad de que los derechos de explotación pertenecen al anunciante cuando la finalidad es publicitaria y al empresario cuando los fines son no publicitarios.

La obra colectiva refiere una serie de supuestos que deben darse para que tal concepción exista, siendo uno de los más importantes el hecho de

⁶¹ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 8 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 149.

que hablamos de una obra que ha de ser divulgada: “es necesaria la divulgación para que exista la obra colectiva” afirma Rodríguez Tapia⁶².

Hablamos además de una obra en la que una persona, física o jurídica, toma la iniciativa de coordinar y reunir las aportaciones de los distintos autores, donde la contribución personal de cada autor es concebida para dar lugar a una obra única y autónoma común que resulta de los trabajos de creación, en la que no es posible atribuir derechos separadamente a cualquiera de los autores sobre la obra conjunta, sino que esos derechos estarán bajo el prisma de quien edita y divulga la obra.

Pero es preciso hacer una matización, pues esta atribución originaria de derechos puede llevarnos a pensar que la persona que edita y divulga tiene atribuida la condición de autor; sin embargo, estamos con Rodríguez Tapia en cuanto que esa atribución originaria solo puede referirse a derechos que no sean de la personalidad o extrapatrimoniales⁶³.

En la misma línea de pensamiento se muestra Carrasco Perera, al afirmar que “no es autor el comitente de una obra, ni aquel para quien presta el autor servicios remunerados, ni quien toma la iniciativa o coordina en el sentido del art. 8”⁶⁴.

Es decir, los autores de la obra colectiva mantienen sus derechos morales, mantienen su condición de autor a pesar de que hayan cedido sus

⁶² Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 8 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 151.

⁶³ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 8 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 150.

⁶⁴ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 5 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 107.

derechos de explotación por la acción de un coordinador o en virtud de un contrato laboral, porque esa condición es irrenunciable para ellos (art. 14.3 LPI), les corresponde por el mero hecho de la creación (art. 1 LPI) y también porque el art. 5 LPI tan sólo legitima como autores a las personas naturales que crean, por lo que reconoce que sólo a ellos les corresponden los derechos morales. Es decir, los derechos que corresponden a quien edita serán los de explotación y otros de tipo remunerativo; pero no los morales.

En la obra publicitaria, por tanto, no hay una cesión del principio de autoría, sino de los derechos patrimoniales, una cesión que se presume, no sólo por el hecho de hablar de una obra colectiva, sino también porque hablamos de autores asalariados.

Sin embargo, antes de entrar en esta cuestión, hay otra característica que se produce en este tipo de trabajos y es el hecho de que son anónimos, es decir, no son firmados por sus autores sino por la empresa -agencia de publicidad, en este caso- que inicia u ordena el inicio del proceso de creación, lo cual implica también la cesión de los derechos de propiedad tal y como se manifiesta en el art. 6.2 de la LPI.

Evidentemente, la condición de autor es irrenunciable e intransmisible; hemos dicho ya que la creación de una obra es la única forma de determinación de la condición de autor⁶⁵ y que la autoría se determina a través de un acto de creación, por ello no pueden ser autoras las personas jurídicas.

⁶⁵ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 5 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 105.

También nos hemos referido a aquellos casos en que, por determinadas circunstancias (políticas, sociales, familiares, de fama...), un autor puede decidir no revelar su identidad cediendo sus derechos a un tercero, de tal modo que no se conozca su nombre o identidad y siendo el cesionario quien ejerce los derechos patrimoniales y algunas de las facultades relatadas en el art. 14, tales como la divulgación o el derecho a la integridad de la obra.

Sí cabe destacar, en el caso de la obra publicitaria, que son otras las razones por las que el anuncio no es firmado por los autores, no son las mismas que puede seguir un escritor, músico, etc, ya que hablamos de una relación de dependencia laboral, siendo la empresa la que firma la obra.

Todos hemos comprobado en distintas ocasiones cómo los anuncios de prensa indican el nombre de la agencia que lo ha realizado en un lateral o en la parte baja del mismo en tamaño pequeño. Se trata de situaciones distintas, pero que, en cierta medida, se pueden extrapolar al campo publicitario, cuando no aparece la firma de la persona o personas naturales que crean, sino de quien divulga, por lo que, “guardando las distancias”, puede aplicarse esta situación a la creación de anuncios.

En este caso, el titular de derechos es la persona que saca a la luz la obra con el consentimiento del autor, consentimiento que existe con respecto a la obra publicitaria. No hablamos solo de derechos patrimoniales, ya que el que edita o divulga puede ejercer alguna de las facultades morales, “se ejercita en nombre propio y en interés ajeno”⁶⁶, como hemos visto anteriormente.

⁶⁶ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 6 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 120.

Recordemos que, en este caso, el divulgador de la obra podía, por ejemplo, defender la integridad de la obra o el derecho de retirada, el de participación o el de remuneración por copia privada.

La persona que edita o divulga está legitimada en virtud del art. 6.2, pero en interés ajeno: “en el caso de un divulgador o editor que saque a la luz la obra por interés totalmente ajeno, se tratará de la totalidad de los derechos de autor”⁶⁷. Se trata de ejercer una serie de facultades que, en este caso, si fuesen ejercidas por el autor, conllevarían la revelación de su identidad. Pero las ejerce en interés ajeno, lo cual no quiere decir que las facultades morales pasen a ser propiedad de quien edita o divulga.

3.3.1.2.- *La relación laboral y la cesión exclusiva de derechos.*

Por último, la relación mantenida por los creativos es una relación laboral con la empresa o agencia que los contrata y, entre ellos se mantiene una relación de jerarquía o subordinación. Sin embargo, esto no quiere decir que la cesión de los derechos de propiedad intelectual sea total por parte del autor al empresario; cabe recordar que el art. 23 de la Ley General de Publicidad establece que son los derechos de explotación los que son cedidos al empresario⁶⁸.

En definitiva, se ceden sólo los derechos de explotación de un modo exclusivo y, se ceden al empresario o anunciante sólo para los fines previstos en el contrato, tal y como se afirma en el art. 16 de la LGP: “El

⁶⁷ Ídem, pág. 121.

⁶⁸ Art. 23. LGP: “... No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo”.

anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia. La misma obligación tendrá la agencia respecto de la información o material publicitario que el anunciante le haya facilitado a efectos del contrato”.

Se trata de una norma regulada en el art. 51 de la LPI. Para Rodríguez Tapia “no es la relación laboral un contrato de transmisión de derechos de autor propiamente dicha pero, a la luz de la nueva Ley, se configura como un supuesto especial y excepcional, cuya existencia determina la consecuencia de una cesión en exclusiva de derechos en favor del empresario por las obras creadas en virtud de dicha relación laboral”⁶⁹.

Ahora bien, las obras sobre las que recae un cesión exclusiva de derechos de explotación serán solamente aquellas creadas en el desarrollo de la actividad que le son propias al empleado y que pueden ser explotadas por el empresario/agencia.

Hablamos de obras creadas en virtud de un contrato y no de las obras de asalariados o empleados. Es decir, el creativo ha cedido sus derechos sobre aquellas obras que él realiza por encargo de la agencia, siguiendo sus directrices; pero no cede sus derechos sobre aquellas obras que realiza de forma personal o para su disfrute, aunque siga formando parte de la plantilla de la agencia.

Se trata, en todo caso, de una cesión exclusiva de derechos (art. 48 LPI), norma que no tenía precedente en la legislación española anterior, no

⁶⁹ Rodríguez Tapia, J.M. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Op. cit. Pág. 79.

existía en la Ley de 1.879, y que concuerda con los artículos 31 y 41 de la Ley alemana de 1.965⁷⁰.

Cesión que se encuentra determinada por las limitaciones clásicas de las leyes, la moral y el orden público, así como por la propia Ley de Propiedad Intelectual que destaca, en su art. 14, la indisponibilidad del derecho moral de los autores, y en el art. 55 de dicha ley al afirmar que *“salvo disposición de la propia Ley, los beneficios que se otorgan en el presente título a los autores y sus derechohabientes serán irrenunciables”*.

Cavanillas Múgica⁷¹ hace referencia a que las cesiones en exclusiva habrán de tener en cuenta las disposiciones del Código Civil sobre obligaciones y contratos, las del Código Penal sobre normas imperativas y voluntad de las partes y la de la Ley de Propiedad Intelectual como norma supletoria de primer grado en la regulación del tipo contractual al que se añade la exclusiva (edición, representación...).

Para este autor “el régimen jurídico de la cesión de derechos de explotación en exclusiva oscila entre dos extremos: el de contrato traslativo, por el que se transmiten los derechos de autor y, el de un contrato meramente obligatorio, por el que el autor se compromete a mantener al cesionario en el goce pacífico de la obra, pero sin generar otro derecho que el correspondiente derecho de crédito”⁷².

⁷⁰ Cavanillas Múgica, S. Sobre el art. 48 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 807.

⁷¹ Cavanillas Múgica, S. Sobre el art. 48 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 811.

⁷² Cavanillas Múgica, S. Sobre el art. 48 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 812.

Se trata, en definitiva, de una cesión exclusiva sólo para la agencia o para el anunciante, pero que no le da una autoridad absoluta sobre el trabajo del creativo por el mero hecho de ser éste un asalariado, pues éste mantiene sus derechos morales intactos, ya que son irrenunciables e indisponibles, sigue siendo el autor de la obra y, por tanto, exigirá su reconocimiento. El empresario y el anunciante tienen los derechos sobre la obra para los fines acordados en el contrato; pero nada más.

El anunciante puede utilizar esta obra, explotarla sólo con fines publicitarios, son los únicos derechos que a él le corresponden. Del mismo modo, el empresario o la agencia ejercerán su derecho sobre la obra en los términos previstos en el contrato. Así lo manifiesta además el antes mencionado art. 16 de la LGP.

Es decir, el creativo puede ejercer su derecho de autoría, el derecho a la paternidad de la obra, de tal modo que la obra realizada puede entrar a formar parte de su “portafolio creativo”⁷³, porque es su obra, realizada y firmada por él.

Se produce entonces una cierta confrontación, si se nos permite el término, entre la agencia y el creativo, entre el trabajador y el empresario, porque éste solo tiene derechos sobre la obra en los términos establecidos en el contrato y éstos suelen ser para la explotación de la obra con fines no publicitarios. Así lo afirma Rodríguez Tapia, para quien será preciso “distinguir la obra publicitaria como tal y los derechos de la obra publicitaria

⁷³ Para Anne Marie Barry, el portafolio creativo del publicista es una especie de libro o carpeta formado por una recopilación de los mejores trabajos creativos dentro del campo de la publicidad. es como una especie de curriculum del creativo donde éste ha seleccionado e incluido lo que él considera mejor de todo su trabajo en este campo. *El portafolio creativo del publicista*, McGraw-Hill, México, 1.992. Págs. 1 y ss.

como literaria, artística o audiovisual y su explotación para fines no publicitarios...»⁷⁴.

A pesar de lo manifestado, Rodríguez Espín afirma que puede existir una renuncia a proclamar el derecho de paternidad de la obra, no se renuncia al derecho, sino a su proclamación, cuestión que suele producirse en los contratos de arrendamientos de obras o de servicios: “la cuestión se plantea en los supuestos de obras de encargo y de artistas o funcionarios ligados por contratos de trabajo, donde es frecuente la publicación con el nombre de la empresa”⁷⁵. Por lo tanto, puede haber una cesión de una faceta particular o de un aspecto concreto del derecho de paternidad, pero no puede haber una renuncia completa y global porque es un derecho irrenunciable e inalienable, así reconocido por ley⁷⁶.

Además, hemos de tener en cuenta que el art. 97.4⁷⁷, si bien se refiere a los programas de ordenador, establece que cuando éstos son creados en virtud de una relación laboral al empresario corresponden los derechos de explotación, lo cual consideramos que también puede aplicarse al resto de obras, aunque no procedan del mundo de la informática.

Se destaca expresamente que habrá de ser un trabajo realizado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empresario. Se

⁷⁴ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 43 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Op. cit. Edt. Civitas. Madrid, 1.997.

⁷⁵ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 227.

⁷⁶ Ídem, pág. 228.

⁷⁷ Art. 97.4 LPI: “... Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario”.

trata de una cuestión referida también en el art. 51.5, añadido por el Texto Refundido de la LPI de 1.996 para adaptarlo a las directrices europeas.

Es decir, no se trata de una adquisición originaria de derechos que sólo corresponden al autor en virtud de lo establecido en el art. 1 (derechos de autor por el mero hecho de la creación) sino de un caso excepcional, de un supuesto especial de cesión, como refería anteriormente Rodríguez Tapia.

Sin embargo, Lema Devesa afirma que al hablarse, en la creación publicitaria, de una obra colectiva “los derechos de autor corresponden originariamente a la agencia publicitaria que se encarga de editar y divulgar la obra (...). Cuando la obra es concluida, en virtud del contrato, existe una adquisición derivativa de los derechos de explotación por parte del anunciante”⁷⁸.

A pesar de ello, Lema Devesa reconoce que los derechos morales siguen formando parte del patrimonio del autor, pues al establecer cuáles son las características que esa adquisición derivativa por la que el anunciante se hace con los derechos de explotación, hay que recordar el carácter irrenunciable de los mismos, tal y cómo relata el art. 14 de la LPI.

En la misma línea se manifiesta Rams Albesa, quien afirma que “el ámbito de poder que encierran los derechos morales impide que cualquier persona -ya sea cesionaria de derechos o un tercero cualquiera- invada, desconozca o perturbe la titularidad que sobre la obra corresponde al autor,

⁷⁸ Lema Devesa, C. *La Propiedad Intelectual en la Publicidad*. Comunicación y Estudios Universitarios, nº 7, 1.997. Págs. 89/90.

con independencia de los derechos de explotación de los que sean titulares personas distinta a él (...). Nadie distinto del autor podrá ser propietario pleno de la obra, porque ésta no es susceptible de apropiación integral, al quedar siempre en la esfera del autor los derechos morales”⁷⁹.

La duración de la cesión habrá de ligarse, siguiendo a Rodríguez Tapia⁸⁰, a la duración del contrato de trabajo o análogo, añadiendo a ellos los plazos de no competencia que pudieran haberse pactado o que, en cada caso, estipule la legislación vigente; a saber, duración del contrato de trabajo más dos años o seis meses posteriores a su extinción por pacto de no concurrencia, según establece el art. 21 del Estatuto de los Trabajadores.

3.4- El Estatuto de Publicidad y la Ley General de Publicidad.

La Ley General de Publicidad proporciona, por tanto, un marco de protección para los autores de creaciones publicitarias que deberá atenerse a lo establecido en la LPI, en caso de creaciones que cumplan los requisitos exigidos por dicha ley. Al amparo de ambas, el autor/creativo obtiene el reconocimiento de sus derechos, teniendo en cuenta las particularidades que se dan en su situación como asalariado y coautor.

Sin embargo, también es preciso recordar que existen una serie de cambios con respecto a la etapa anterior, de vigencia del Estatuto de la Publicidad y en relación con la LPI de 1.879.

⁷⁹ Rams Albesa. *Comunicaciones EDESA*, pág. 307, citado por F. Bondía Román en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Edt. Civitas. Madrid, 1.997. Sobre el art. 14. Pág. 69.

⁸⁰ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 51 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 843. Ver además, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Rodríguez Tapia, J.M. y Bondía Román, F. Edt. Civitas, Madrid, 1.997. Sobre el art. 51.

Así el Estatuto recogía la protección de ideas y creaciones publicitarias sin más limitaciones, es decir, no se exigía de forma expresa la exteriorización de la obra, si bien vimos en su momento que la materialización en un soporte era imprescindible para que hubiera protección por parte del Estatuto, cuestión que sigue vigente hoy.

Esa protección de la que podían ser susceptibles las ideas y creaciones publicitarias facultaba de forma expresa (art. 70 del Estatuto) al autor/creativo a perseguir cualquier imitación y a prohibir su utilización para fines distintos a los pactados, una facultad que también estaba en manos del empresario/agencia (art. 71 del Estatuto). Es decir, ambos tenían esa posibilidad, por lo que el reconocimiento de la condición de autor parecía más fuerte, pues podía ejercerla en determinados casos.

El autor/creativo actual, sin embargo, no recibe de forma expresa este “poder”, pero como ya hemos argumentado, puede derivarse de la interpretación del art. 5 de la LPI que afirma que “el autor es la persona natural que crea”, aunque la Ley General de Publicidad no haga mención expresa a ello sino que se limita a remitir a la normativa de propiedad intelectual en caso de que la obra forme parte de las protegidas por ella.

Para Lema Devesa la protección dispensada por el Estatuto de la Publicidad otorgaba al autor de las creaciones publicitarias una doble acción: “una acción que producía efectos *erga omnes* y permitía perseguir la imitación o el plagio de la obra publicitaria por terceros y, una acción que producía efectos *inter partes* y que permitía al autor de la obra publicitaria

impedir -frente a la otra parte contratante- la utilización de la obra para fines distintos de los pactados⁸¹.

El Estatuto protegía ideas y creaciones publicitarias; no ocurre lo mismo al amparo de la legislación publicitaria actual, pues la idea publicitaria protegida es simplemente aquella que es original (según los términos establecidos en el art. 10 de la LPI, del mismo modo que lo reconocía el Estatuto) y que está materializada, exteriorizada en un soporte, al igual que ocurre con el resto de creaciones intelectuales (art. 10 LPI: obras expresadas por cualquier medio o soporte).

Ya hemos afirmado en anteriores ocasiones que la obra no exteriorizada no tiene relevancia jurídica, ya que sigue permaneciendo en la esfera privada del autor. Es decir, la protección de la idea es algo ajeno al Derecho de Propiedad Intelectual, tal y como afirma Galán Corona⁸², a pesar de reconocer que las ideas publicitarias son valiosas para quienes realizan las campañas y para las agencias, ya que son el resultado de un trabajo largo y difícil que necesita de reflexión e información, pero ello no es razón suficiente para su protección y además no se encuentra reflejado en la legislación actual.

Lema Devesa afirma que “no es, pues, el derecho de autor, el cauce apropiado para la protección de las simples ideas publicitarias, por muy valiosas que sean. Llegado el caso, la protección de este tipo de ideas

⁸¹ Lema Devesa, C. *La Propiedad Intelectual en la Publicidad*. Comunicación y Estudios Universitarios. Revista de CC.II, nº 7. 1.997. Centro Universitario de Ciencias de la Información. Fundación Universitaria San Pablo CEU. Pág. 87.

⁸² Galán Corona, E. *Primer Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2.000*. Madrid, 1.991. Citado por Lema Devesa, C. en *La Propiedad Intelectual en la Publicidad*. Op. cit. Pág. 86.

debería buscarse no en el Derecho de Propiedad Intelectual, sino en el ámbito del Derecho contra la Competencia Desleal”⁸³. Tesis desarrollada más ampliamente al hablar sobre el Estatuto de la Publicidad .

Nos encontramos ante el hecho de que, en cierto modo, la legislación anterior ofrecía una mayor protección al autor/creativo que en la época actual. Decimos mayor porque el Estatuto ofrecía protección por sí mismo a los autores publicitarios y a sus ideas/obras, además de la que la legislación de propiedad intelectual pudiera aportar.

La normativa vigente, por el contrario, solo ofrece una vía de apoyo, y es la LPI. La Ley General de Publicidad no ofrece ningún tipo de protección, pues simplemente remite a la legislación sobre derechos de autor, en caso de que la obra cumpliera con los requisitos exigidos por dicha Ley.

Es decir, tanto el autor/creativo como el empresario/agencia, pierden esa facultad para perseguir el plagio de ideas/obras publicitarias pues éstas se protegen sólo cuando han sido exteriorizadas. No hay protección a través de la doble vía de la que hablábamos en la época anterior sino solamente cuanto la obra forma parte de los derechos de autor, lo cual supone para Santaella “la inexistencia de un tratamiento jurídico-publicitario de la protección de los creadores publicitarios”⁸⁴ si existente en la época del Estatuto y, si bien reconoce que no resulta fácil la formulación de los principios rectores del tratamiento jurídico de las creaciones e ideas publicitarias, considera que la nueva Ley debería haberlo intentado para superar así al Estatuto.

⁸³ Lema Devesa, C. *La Propiedad Intelectual en la Publicidad*. Comunicación y Estudios Universitarios. Op. cit. Pág. 89.

⁸⁴ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Civitas. Madrid, 1.989. Pág. 170.

Además, el autor es identificado prácticamente con la agencia por lo que aquél no puede ejercer su derecho a perseguir el plagio de la obra, como sí hacía el Estatuto, y será actualmente una misión reservada simplemente a la agencia publicitaria y no al autor “como persona natural que crea” (art. 5 LPI).

Pero las diferencias entre la actual Ley y el Estatuto no se refieren simplemente a este aspecto, sino que en la Exposición de Motivos de la Ley actual se plantea ya una de las innovaciones más importantes con respecto a la época anterior.

Se refiere a la jurisdicción que será competente para el cumplimiento de las normas publicitarias y los conflictos que de ellas puedan derivarse. Corresponderá ahora a los Tribunales Ordinarios, cuestión que resulta, entre otras razones, de la aplicación del art. 24. 2 de la Constitución, tal y cómo se establece en dicha Exposición de Motivos al afirmar: “En el Título IV se establecen las normas de carácter procesal que han de regir en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita, sin perjuicio del control voluntario de la publicidad que al efecto pueda existir realizado por organismos de autodisciplina”.

En este sentido se atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para dirimir las controversias derivadas de dicha publicidad ilícita en los términos de los arts. 3 al 8.

Es decir, pasamos de un sistema basado en mecanismos de autocontrol (Junta Central de Publicidad, Jurado, Instituto Nacional de Publicidad) a una nueva legislación “cuyo éxito o fracaso dependerá, por tanto, de una sistema puramente jurisdiccional (...). O de un autocontrol

aceptado e impulsado por los propios sujetos publicitarios⁸⁵, caso del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, cuya creación hubo de esperar hasta octubre de 1.995.

Hay que destacar además que, la nueva Ley de Publicidad realiza un tratamiento más riguroso y matizado de la publicidad ilícita, debido a su armonización con la normativa europea y, en concreto, con la Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1.984 en materia de publicidad engañosa - reformada posteriormente para la inclusión de la publicidad comparativa- y que incluye también entre sus novedades todo el proceso de la acción de cesación y rectificación y de los procedimientos.

Sin embargo, a pesar de todas estas novedades, es de justicia destacar que la LGP del año 88 mantiene puntos en común con el Estatuto de Publicidad; de hecho, la regulación de contratos publicitarios se conserva en la nueva Ley prácticamente igual, con la diferencia de que añade el contrato de patrocinio.

Afirma Santaella que la LGP incorpora el contenido esencial del Estatuto, salvo los aspectos referidos a la jurisdicción y competencia, resaltando que, en la nueva Ley, se mantienen incluso los Principios Generales del Estatuto. Así, por ejemplo, el principio de legalidad aparece en el art. 3a) de la LGP; el principio de veracidad en los arts. 4, 5 y 3b) de la nueva ley; el principio de libre competencia se refleja en el art. 3c) y en el art.6 y, el principio de autenticidad en el art. 11⁸⁶.

⁸⁵ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Civitas. Madrid, 1.989. Pág. 21.

⁸⁶ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 23.

3.5.- Transformaciones sobre la obra publicitaria protegida.

Decíamos con anterioridad que una de las diferencias entre el art. 70 del antiguo Estatuto y la actual Ley General de Publicidad es que aquel permitía a los autores de obras publicitarias defender frente a terceros su obra, en caso de producirse el plagio o imitación de la misma, cuestión que también podía ser defendida por el empresario, único sujeto que defiende la obra de imitaciones, en el caso de la LGP del año 1.988.

Delimitar si sobre una obra protegida se plantea o produce un plagio o imitación es una tarea difícil, cuestión ya señalada por Fernández-Nóvoa⁸⁷ durante la época de vigencia del Estatuto de la Publicidad y que se refleja también en la doctrina y jurisprudencia de otros países, caso de Francia, donde autores como Renouard o Pouillet destacaban esta dificultad para distinguir una imitación fraudulenta de las coincidencias admisibles entre dos obras intelectuales, o el caso de Nawrocki, quien llega a afirmar, dentro de la doctrina moderna del país galo, que la diferencia entre lo que es imitación y no lo es habrá de ser determinado por el juez⁸⁸.

En cualquier caso, es preciso recordar que, en toda obra protegida pueden existir elementos que son de dominio público y que el autor no puede apropiarse por el hecho de utilizarlos en su obra, es decir, no podrá utilizar tales elementos como base de su defensa ante un plagio o imitación, pues ese tipo de elementos no son apropiables por ningún autor.

⁸⁷ Fernández-Nóvoa, C. *Protección jurídica de obras y creaciones publicitarias*, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 259.

⁸⁸ Fernández-Nóvoa, C. *Protección jurídica de obras y creaciones publicitarias*, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 258.

Fernández-Nóvoa sigue a Nimmer para establecer las pautas que permitan delimitar si existe o no un plagio o imitación sobre la obra protegida por los derechos de autor y afirma que “la cuestión decisiva estriba en determinar si entre la obra protegida y la obra presuntamente imitadora existe una coincidencia substancial: si un observador ordinario detectaría una similitud substancial entre las dos obras”⁸⁹.

Encontrar el punto medio entre la existencia de analogía o inexistencia de la misma será la cuestión crucial para detectar un plagio. El siguiente paso será observar si esa coincidencia es literal (o fotográfica) pero fragmentaria o, si estamos ante una coincidencia no literal pero apropiante⁹⁰, en palabras del propio Nimmer.

En el primero de los casos, coincidencia literal (o fotográfica) pero fragmentaria, es preciso dejar a un lado aquellas obras en que la coincidencia es prácticamente total con la obra original, pues el plagio es evidente, sino que se refiere Nimmer a aquellas en que el tercero se apropia de elementos tales como imágenes, frases... En este caso, Fernández-Nóvoa desecha la utilización de un criterio cuantitativo, es decir, si hay más coincidencias que diferencias existe un plagio y a la inversa, ya que la coincidencia puede ser mínima pero ello no impide que sea referida a una parte vital de la obra.

Lo que se impone es un criterio cualitativo, es decir, “existirá una coincidencia substancial, y por lo mismo, una imitación de la obra protegida si es que tales materiales o elementos son cualitativamente importantes. En

⁸⁹ Ídem, pág. 261.

⁹⁰ Citado por Fernández-Nóvoa en *Protección jurídica de obras y creaciones publicitarias*, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 261.

última instancia habrá siempre que determinar la importancia de los materiales y elementos que son comunes a la obra protegida y a la obra presuntamente imitadora”⁹¹.

No hablamos de una cuestión de número, no importa que los elementos repetidos sean numerosos en la segunda obra, sino que lo determinante para la existencia de una imitación será el hecho de que los elementos utilizados, sean o no numerosos, afecten a la sustancia de la obra y no a generalidades.

La segunda de las hipótesis barajadas por Nimmer y recogidas por Fernández-Nóvoa se refiere al caso en que se produce una coincidencia no literal (o fotográfica) pero apropiante, es decir, aquellos casos en que la obra imitadora reproduce la estructura o esquema fundamental de la obra protegida, teniendo siempre en cuenta que el derecho de autor no protege las ideas abstractas.

En este caso, Nimmer propone un procedimiento a la vez abstracto y concreto. Abstracto porque habrán de obviarse cuestiones tales como los diálogos o episodios de carácter menor y, a la vez concreto, porque habrán de analizarse cuestiones como el orden o la sucesión de acontecimientos o la interrelación entre los personajes.

En palabras de este autor, “la disección es abstracta en el sentido de que hay que prescindir de las formas concretas de expresión que se adopten en la obra protegida y en la obra presuntamente imitadora. Pero, al mismo tiempo, la disección es concreta en el sentido de que hay que apoyarse en el

⁹¹ Fernández-Nóvoa, C. *Protección jurídica de obras y expresiones publicitarias*. Op. cit. Pág. 263.

orden de los acontecimientos (a través de los cuales el autor expresa el tema), la interrelación de los personajes y, en general, el argumento de la obra protegida y de la obra presuntamente imitadora.

Cuando esta disección -simultáneamente abstracta y concreta- muestra que la estructura o el esquema de las obras confrontadas es coincidente, habrá que concluir que existe coincidencia no literal pero apropiante y que, por lo mismo, se ha producido la imitación o plagio de la obra protegida por el Derecho de Autor”⁹².

Estas pautas establecidas por Nimmer y retomadas por Fernández-Nóvoa son de aplicación general a las obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual. Cabe entender que también son de aplicación a las obras publicitarias en cuanto cumplen los requisitos para formar parte de los derechos de autor.

Pero además consideramos que, aún habiendo sido formulados en los años de vigencia del Estatuto de la Publicidad, son también aplicables con la vigencia de la Ley General de Publicidad, con la salvedad ya reiterada en varias ocasiones de que, en la actualidad, el autor/creativo no podrá ejercer el derecho a perseguir esta imitación, cuestión que corresponde al empresario en virtud de lo establecido en los arts. 48 y 51 de la Ley de Propiedad Intelectual (cesión exclusiva de la obra y derechos de autor asalariado), el art. 8 de dicha ley (obra colectiva) que habrá de compatibilizarse con los anteriores y, el art. 23 de la LGP (contrato de creación publicitaria implica la cesión de los derechos de explotación y la defensa de los mismos).

⁹² Recogido por Fernández-Nóvoa, C. en *La protección jurídica de las obras y creaciones originales*, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Op. cit. Pág. 265.

En todo caso, la actual legislación española establece en los arts. 270 y 271 del Código Penal la figura del plagio que, si bien no se especifica como tal en la actual legislación de derechos de autor y en la legislación publicitaria, define dicho delito y establece las penas para los que incurran en tales acciones.

Asimismo, las distintas transformaciones que la obra publicitaria pueda sufrir tampoco podrán ser denunciadas por el creativo, en el caso de la obra publicitaria. Con todo, es preciso recordar que la transformación planteada en el art. 19 de la LPI (modificación en cuanto a la forma de la obra) no se refiere al contenido, cuestión ya desarrollada en el segundo capítulo de este trabajo, y que habrá de contar con el consentimiento del autor para que ésta se desarrolle, autorización que, en el caso de la obra publicitaria, deberá otorgar quien tenga la cesión de derechos de explotación según el fin buscado, es decir, la empresa o el anunciante.

El creativo sólo mantiene el derecho a la autoría y al reconocimiento de la paternidad de la obra, cuestión ya planteada en el presente capítulo, y que habrá de tener en cuenta las condiciones laborales y el tipo de obra ya especificadas en su momento y que delimitan las actuaciones que el creativo, en cuanto autor de la obra, puede llevar a cabo.

3.6.- Derechos de autor y art. 20. 1b) de la CE.

Hemos realizado hasta ahora un análisis comparativo de la situación de los autores/creativos en lo que respecta a la protección de su obra, es decir, la protección dispensada no sólo por las leyes específicas de su materia (caso del Estatuto de la Publicidad o la Ley General de Publicidad) a

las creaciones publicitarias, sino también por las normas a las que ellas remiten en el caso de ser obras protegibles que forman parte del Derecho de Autor. Es decir, la protección que los creativos encuentran para hacer valer sus derechos, en el caso de que los mantengan, así de los morales, que son irrenunciables.

Lo que nos planteamos ahora es delimitar si esa protección de los autores/creativos bajo los derechos de autor están amparados en el art. 20.1b)⁹³ de la Constitución Española, es decir, si la carta Magna ofrece también su protección por encontrarse bajo el derecho a la producción literaria, artística o científica o, si bien los derechos de propiedad intelectual estarían dentro del art. 33 CE, es decir, encuentran su razón de ser en el derecho a la propiedad.

La cuestión radica sobre todo en delimitar si es lo mismo el derecho de creación y producción y el derecho sobre lo creado y reproducido ya que, en este caso y siguiendo a Bercovitz⁹⁴, lo primero estaría reconocido en el art. 20.1b) y lo segundo en el art. 33, de tal modo que la propiedad intelectual encontraría su encuadre constitucional en este artículo.

Los distintos autores se alinean con distintas opciones ante el problema planteado. Vázquez Lepinette⁹⁵ manifiesta que el encuadre constitucional de los derechos de autor podría situarse tanto en el art. 20.1b) como en el art. 33.1 de la Constitución (derecho a la propiedad privada y la herencia), incluso manifiesta esta autor que podrían ampararse en el art. 44 de la Carta Magna: *"1.- Los poderes públicos promoverán y tutelarán el*

⁹³ Art. 20.1b)CE: *"A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica"*.

⁹⁴ Bercovitz, R. Sobre el art. 1 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 20.

⁹⁵ Vázquez Lepinette, T. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Op. cit. Pág. 45.

acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2.- los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general”.

Para este autor, la inclusión del derecho de autor bajo uno u otro artículo tiene consecuencias diversas ya que, el derecho a la creación es un derecho fundamental regulado por ley orgánica, mientras que el derecho a la propiedad es regulado por ley ordinaria. Vázquez Lepinette afirma que el legislador español optó finalmente por incluir los derechos de autor dentro del derecho de propiedad del art. 33 CE regulándolo como norma ordinaria⁹⁶.

De la misma opinión se muestra Lacruz Berdejo, para quien el derecho de autor encuentra su “situación constitucional” en el art. 33 y no en el art. 20.1b). Afirma este autor que “le parece poco probable que el art. 20 se refiera a algo más que a la libertad de crear, de la cual es corolario la de difundir lo creado y ello precisamente por la amplitud del texto, que comprende la creación técnica”⁹⁷. Según Lacruz, la propiedad intelectual no tiene cabida en el art. 20 al no considerarla un derecho de la personalidad, puesto que la creación no supone una disminución en la esfera individual del hombre que persiste sin cambio⁹⁸. El autor tiene derecho sobre la obra, pero ésta existe con independencia de quien la ha creado.

Recordemos que Carrasco Perera afirmaba que la condición de autor no era un derecho sino que lo que constituía derecho era el reconocimiento a

⁹⁶ Vázquez Lepinette, T. *la cotitularidad de los bienes inmateriales*. Op. cit. Pág. 46.

⁹⁷ Lacruz Berdejo, J.L. Sobre el art. 2 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 33.

⁹⁸ Lacruz Berdejo, J.L. Sobre el art. 2 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 33.

tal condición, pero que ambas cosas son distintas al derecho de creación artística y científica “constitucionalmente protegido por el art. 20.1 b)”⁹⁹.

Es decir, la Constitución lo que hace, a través del art. 20, es proteger el derecho a crear que todo ciudadano tiene pero no el derecho de autor como tal, que es incluido como contenido del art. 33.

Rodríguez Espín recuerda que autores como Castán Tobeñas o Pérez Serrano defendían el derecho moral de los autores como un derecho de la personalidad, en tanto que la obra es un reflejo de la personalidad de quien la crea, su espíritu se refleja en ella y, por tanto, la obra habría de ser protegida como emanación del derecho de la personalidad, uniéndola a nociones como honor y reputación.

Sin embargo, este autor se apoya en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1.985 sobre demanda del escultor Pablo Serrano y la sentencia del Tribunal Supremo, 1ª, del 2 de enero de 1.992, para presentar los argumentos sobre la no consideración del derecho de autor como un derecho de la personalidad. Para Rodríguez Espín en ambas sentencias se establece que el derecho de autor no posee la característica de la esencialidad, nota definitoria de los derechos de la personalidad, para ello se basa en la afirmación de que “en las obras existe siempre un objeto fuera de la personalidad del autor, que permite diferenciar entre la obra y el autor (...). Asimismo, el carácter de esencialidad que se predica de los derechos de la personalidad (honor, intimidad...) no puede atribuirse al derecho de

⁹⁹ Carrasco Perera, A. Sobre el art. 5 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 105.

autor, pues éste no es innato a todo ser humano por el mero hecho de serlo, sino que requiere la creación de una obra”¹⁰⁰.

De la misma opinión se muestra Bercovitz¹⁰¹ para quién el hecho de que la propiedad intelectual se regule a través de ley ordinaria y no de una ley orgánica determina la inclusión de tales derechos en el art. 33 pues, en caso de ser un derecho fundamental su regulación habría de ser distinta, tal y cómo se establece en el art. 81 de nuestra Constitución¹⁰².

Bercovitz refuta los argumentos de quienes defienden la inclusión de los derechos de autor en el art. 20.1b) alegando que la libertad de producción y creación incluye el derecho sobre lo producido o creado y que también se apoyan en el art. 10.2 de la Constitución, donde se afirma que dicho texto ha de interpretarse conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, recordemos, establecía en su art. 27.2 el derecho a la protección de los intereses morales y patrimoniales de toda persona.

Para Bercovitz no son válidos estos argumentos ya que “no cabe desdoblamiento el contenido del art. 20.1 sobre la base de reconocer propio sentido a la utilización inicial de los verbos reconocer y proteger. Semejante desdoblamiento carecería de contenido en algunos casos concretos, como con la libertad de cátedra o con los derechos de comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Semejante

¹⁰⁰ Rodríguez Espín, P. Sobre el art. 14 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 218.

¹⁰¹ Bercovitz, R. Sobre el art. 1 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 19.

¹⁰² Art. 81.1 CE: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.

desdoblamiento implicaría, por otra parte, que el derecho de autor ya estaría protegido en el apartado a) del art. 20...”¹⁰³.

Añade además este autor que, de querer el legislador que el derecho de autor se reconociese en este artículo de la Constitución así lo habría hecho constar expresamente, pues la denominación derechos de autor aparece en los casos en que se alude a ellos directamente, caso del art. 149.1.9: “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:...*”

9.- Legislación sobre propiedad intelectual e industrial...”

Por último, rechaza Bercovitz la inclusión de la propiedad intelectual en el art. 20.1.b) teniendo como referencia el hecho de que, tradicionalmente, la justificación del tal derecho se ha basado en la consideración del mérito del autor y el beneficio social que obtiene por medio del enriquecimiento que le produce la explotación de la obra, cuestiones ambas que no pueden separarse al considerarse un derecho unitario con dos vertientes (moral y patrimonial).

Para Bercovitz “ello implica también rechazar la autonomía del derecho moral de autor (que podría estar reconocido en el art. 20.1.b) de la Constitución) frente al derecho de explotación o patrimonial del autor (que podría estar reconocido en el art. 33 de la Constitución). En mi opinión, el derecho de autor o la propiedad intelectual, es un derecho unitario y, consecuentemente, su reconocimiento constitucional debe ser unitario y no fragmentado”¹⁰⁴.

¹⁰³ Bercovitz, R. Sobre el art. 1 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 20.

¹⁰⁴ Bercovitz, R. Sobre el art. 1 en *Comentarios a la LPI*. Op. cit. Pág. 22.

En contra de la opinión manifestada por los autores hasta ahora nombrados, Fernando Bondía defiende la implicación de los derechos de autor dentro del art. 20.1.b), tal y como se desprende de sus palabras: “Podría no encontrar reconocimiento en ningún otro precepto constitucional, como otros tantos derechos subjetivos. Pero lo tiene en el art. 20.1.b) porque la propiedad intelectual constituye una de las instituciones jurídicas fundamentales para el progreso y desarrollo de la sociedad en todos sus órdenes (...) y porque, en cuanto derecho de *superior rango* o de mayores garantías, actúa como contrapeso o límite a otros derechos o libertades constitucionalmente reconocidos”¹⁰⁵.

Cuestión tratada también por Rodríguez Tapia, quien, al plantear los problemas teóricos que derivan de la obra colectiva, recuerda que “la obra colectiva choca con un amplio sector de la doctrina que, amparados en el art. 27 de la Declaración de Derechos Humanos y en la razón de ser de la propiedad intelectual, ve en la obra colectiva una derogación injustificada y anticonstitucional (art. 20.1.b) del principio de autoría”¹⁰⁶.

Como partidario también de la inclusión de los derechos de autor en el art. 20.1b) se manifiesta Cremades, para quien dicho artículo reconoce “dos derechos técnicamente diferenciables: el derecho de creación intelectual y el derecho de propiedad intelectual o derecho de autor (que lleva implícita la facultad de difundir la obra o negarse a hacerlo). Aunque éste último no se mencione expresamente, su constitucionalización puede

¹⁰⁵ Bondía Román, F. Sobre el art. 1 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Edt. Civitas. Madrid, 1.997. Pág. 19.

¹⁰⁶ Rodríguez Tapia, J.M. Sobre el art. 8 en *Comentarios a la LPI*, coordinados por R. Bercovitz. Op. cit. Pág. 149.

deducirse del significado del término producción, del contexto de todo el art. 20 CE y, ante todo de los debates parlamentarios al respecto”¹⁰⁷

Sin embargo, es necesario precisar que la propiedad intelectual no ha sido desarrollada por ley orgánica, por lo que habrá de considerarse que el reconocimiento del derecho de autor se produce en el art. 33 de la Carta Magna al ser considerado una propiedad especial, tal y como se especifica en los arts. 428 y 429 del actual Código Civil, y en el mencionado 149.1.9 de la Constitución. De la misma forma era además reconocido en la Ley de Propiedad Intelectual de 1.879, vigente en el momento de aprobación del texto constitucional.

No consideramos, por tanto, que hablemos del derecho de autor como un bien de la personalidad o un derecho fundamental de las personas pues éstos son innatos a todo ser humano por el mero hecho de serlo, cuestión que no ocurre con la propiedad intelectual, cuyos derechos son reconocidos a los autores en virtud de una creación, siendo éste un calificativo que se adquiere por el hecho de crear, pero no por el hecho de ser persona.

¹⁰⁷ Cremades, J. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Edt. La Ley-Actualidad. Madrid, 1.995. Pág. 88.

CAP. 4: LOS LÍMITES DE LA PUBLICIDAD

Hemos delimitado en capítulos anteriores lo que se considera creatividad publicitaria, hemos afirmado que la entendemos como un proceso de elaboración de un mensaje en el que es precisa la investigación y la colaboración entre los distintos departamentos de una agencia y el grupo creativo que finalmente dará forma a la promesa y creará la obra final atendiendo a las necesidades del anunciante que plantea el problema.

Pero además de proceso, hemos señalado que será necesaria una gran idea para dar forma a todo ese cúmulo de datos, una idea que refleje o contenga toda la información, satisfacciones, promesas... que queremos que el consumidor acepte y que le lleven a la compra de nuestro producto. Una obra creativa que condense de un solo vistazo todo lo que queremos comunicar y que además, habrá de ser original, única y fácilmente recordada.

Hemos visto que la obra creativa, en cuanto cumple los requisitos de la LPI, es una obra protegible como tal, si bien cabe derivar que sus autores últimos, los creativos, no gozan de todos los derechos reconocidos a los

autores en virtud de la relación laboral que mantienen con la empresa y porque, además, hablamos de una obra realizada bajo la supervisión de un coordinador que edita y divulga la obra, por lo que los derechos de explotación sobre ella recaerán en el anunciante y la agencia para su explotación publicitaria o no publicitaria respectivamente.

Al margen de la protección que reciban los creativos como autores - protección escasa, tal y como hemos señalado en el capítulo anterior-, la obra publicitaria en sí encuentra una protección más amplia al amparo de la legalidad establecida, no solo a partir de la LPI, como hemos visto en el capítulo anterior, sino también en el régimen de la Ley General de Publicidad.

Hablamos de una protección establecida desde la perspectiva de sus propios límites, es decir, lo que yo no puedo hacer frente a otras obras publicitarias, los elementos o pautas que yo no puedo seguir a la hora de crear un anuncio, es común al resto de autores del mismo tipo de obras.

El hecho de que deba tener en cuenta una serie de limitaciones a la hora de crear el anuncio para no caer en una creatividad que me lleve a un tipo de publicidad ilícita, supone que los demás tampoco podrán incurrir en ello, lo que supone, en cierto, modo, una protección de este tipo de actividad.

Eso sí, debemos entender este tipo de limitaciones desde la óptica más amplia del fenómeno publicitario y no desde una visión más limitada que se nos ofrece si nos quedamos únicamente en la actividad creativa, es decir, los límites que debe guardar la actividad publicitaria influyen no sólo

sobre la creatividad sino sobre todas las actividades que aportan su grano de arena a la consecución de la obra publicitaria, aunque sea labor de los creativos dar forma a toda la información obtenida.

Lo que nos plantearemos en este capítulo es la protección que puede recibir la publicidad desde otros textos legislativos, al margen de la que pueda recibir por ser una obra original. Nos detendremos por tanto en la Ley General de Publicidad, pero también en la Constitución Española, para determinar si la actividad publicitaria puede formar parte de las protegidas dentro del art. 20, más concretamente dentro del derecho a la libertad de expresión. Dos serán, por tanto, los textos legislativos a tener en cuenta, la Ley publicitaria y la Carta Magna.

Sin embargo, a ambos habrá que unir un tercero, la Ley de Competencia Desleal, reguladora de las relaciones concurrenciales que se dan entre los distintos participantes de un mercado y a la que también ha de seguir la actividad publicitaria, entendida como actividad practicada por los sujetos que concurren en dicho mercado.

La actividad publicitaria se desarrolla, como sabemos, dentro de un mercado económico en el que es preciso tener en cuenta una serie de premisas, de tal modo que todos los sujetos que participan en él puedan hacerlo en condiciones de igualdad.

Los empresarios utilizan la publicidad para darse a conocer en el mercado, para hacer pública su existencia o la de sus productos o servicios, convirtiendo la publicidad en un acto más de competencia que, como tal, habrá de estar sujeto a las reglas de lealtad concurrencial.

4.1.- La Ley de Competencia Desleal.

Las reglas de este juego, si se nos permite la expresión, se rigen en España por la Ley 3/1.991 de 10 de enero, de Competencia Desleal. Una ley reciente que ha venido a llenar un hueco existente dentro de la legislación española de Derecho Mercantil. Hueco que había comenzado a llenarse con la entrada en vigor de la Ley de Marcas (Ley 32/1.988 de 10 de noviembre) y la Ley General de Publicidad (Ley 34/1.988 de 11 de noviembre), iniciándose así el camino para la formación de una disciplina que, hasta ese momento, era fragmentaria, obsoleta y desfasada con respecto al desarrollo que los mercados habían ido adquiriendo con el paso de los años.

Tal y como se establece en el Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal, se trata de una norma que “aspira a poner término a la tradicional situación de incertidumbre y desamparo en que ha vivido el sector, creando un marco jurídico cierto y efectivo, que sea capaz de dar cauce a la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial”.

En el Preámbulo de la nueva Ley se recogen las tres razones fundamentales para el advenimiento de esta nueva norma: la demanda social y los cambios ocurridos en todos los ámbitos de concurrencia empresarial, la necesidad de homologar el ordenamiento concurrencial español al europeo y, por último, la también necesaria homologación de nuestro ordenamiento a los nuevos valores surgidos a raíz de la promulgación de la Constitución en el año 78, en donde se recoge que el sistema económico español gravita sobre la libertad de empresa, necesitada de mecanismos precisos para que las prácticas desleales no provoquen desfases en el desarrollo de nuestro mercado. Exigencia constitucional que, como refleja también el Preámbulo

de la LCD, se complementa y refuerza con el principio de protección del consumidor, recogido en el art. 51 de nuestra Carta Magna.

Entre los cambios que introduce la nueva Ley es de destacar que el Derecho de Competencia Desleal “deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado”, y que, además, establece mecanismos sustantivos y procesales eficaces para una adecuada realización de la disciplina.

Es decir, no solo se trata de la protección de los empresarios sino que, tal y como reza el art. 1 de la LCD: *“La presente Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y, a tal fin, establece la prohibición de los actos de competencia desleal”*.

En esta situación, la publicidad se constituye como uno de los elementos más relevantes de los empresarios, no es la única modalidad de competencia económica, pero sí una de las más importantes desarrolladas por los distintos empresarios que participan en el mercado.

La publicidad colabora en el desarrollo de la competencia, el problema se plantea cuando esa participación puede tener un carácter ilícito o desleal, práctica que se convierte en delictiva a raíz de lo establecido en el artículo primero de la LCD. Y cuyas víctimas pueden ser tanto los consumidores como los empresarios que participan en el mercado.

Con esta nueva situación, Pino Abad afirma que “el elemento técnico de la relación de competencia ha sido desplazado por el de acto de la competencia de forma que, lo que ahora determina la aplicabilidad de la normativa sobre competencia desleal va a ser la existencia de un acto que se realice en el mercado, es decir, con trascendencia externa y que además, tenga lugar con fines concurrenciales, es decir, que pretenda la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de terceros, sin que sea necesario que los sujetos del acto sean empresarios”¹.

Habrá que delimitar la competencia desleal y los actos considerados como tal para, posteriormente, proceder a su aplicación en el campo de las actividades publicitarias, siguiendo a la vez el hilo entretejido entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad en una especie de recorrido de lo más general a lo particular, teniendo en cuenta la actividad concurrencial que queremos analizar y reconociendo que, en casos determinados, ambas leyes presentan pequeñas diferencias.

Tenemos que definir primero lo que entendemos por competencia desleal y para ello recogemos las palabras de Baylos Corroza, quien la define como “la actividad concurrencial encaminada a la captación de clientes que se desarrolla mediante maniobras y maquinaciones o, a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial, dentro de la concepción representada por la costumbre y por el uso”².

¹ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988*, Instituto Nacional de Consumo. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1.991. Pág. 64.

² Baylos Corroza, H. *Tratado de Derecho Industrial*. Edt. Civitas, 2ª Edición. Madrid, 1.993. Pág. 331.

Es decir, la actividad que se está desarrollando es lícita, lo que va a determinar la ilicitud será el uso de determinados mecanismos para la captación de clientes que no participan de aquél calificativo. Actos o mecanismos que la LCD desarrolla en los arts. 5 y ss, en los que encontraremos importantes nexos de unión con la LGP en cuanto a actos de publicidad ilícita.

Decíamos anteriormente que la nueva Ley iniciaba una nueva época, un nuevo camino cuya primera piedra fue puesta por la Ley de Marcas y la Ley de Publicidad, por lo que habremos de remitirnos a ambas leyes, viendo su complementariedad, a la hora de analizar los límites de la publicidad.

4.2.- La Ley General de Publicidad de 1.988.

La actual Ley General de Publicidad del año 88 supone la actualización de la legislación española en materia publicitaria como consecuencia del ingreso de nuestro país en la Unión Europea, lo cual implicaba la armonización de las normas vigentes en los países miembros; en el caso español, se trataba del Estatuto de la Publicidad del año 64, sustituido por la Ley de 1.988 que engloba las distintas directrices dadas por la Comunidad Europea, caso de la Directiva 84/450/EEC que, sobre publicidad engañosa, aprueba el Consejo de las Comunidades Europeas en 1.984.

La actual Ley publicitaria relata las distintas formas de la publicidad ilícita, es decir, aquellas fórmulas que habrán de evitarse para no incurrir en el delito publicitario y permitir un mercado en el que todos puedan concurrir

en las mismas condiciones, de tal manera que la competencia entre los participantes permita a los consumidores conocer lo que cada uno ofrece.

4.2.1.- La publicidad ilícita

Tras el Título Primero, en que se desarrollan las Disposiciones Generales, el Título II de la LGP de 1.988 se refiere a la publicidad ilícita, enumerando y definiendo sus formas desde el artículo tres al ocho.

El art. 3 establece que se considera publicidad ilícita: *“a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a mujer, infancia y juventud.*

b) La publicidad engañosa.

c) la publicidad desleal.

d) la publicidad subliminal.

e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios”.

Se trata de un artículo genérico en que se destacan las actuaciones publicitarias susceptibles de sanción por motivo de la ilicitud que, en opinión de Rodríguez Pardo³, viene determinada por el hecho de que la LGP se apoya en tres puntos del mercado publicitario y de consumo: la veracidad, el derecho a la información y las prácticas de competencia empresarial.

³ Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la Comunicación*. Laverde Ediciones. Santiago de Compostela, 1.999. Pág. 235.

Sin embargo, antes de entrar en la consideración de cada una de las manifestaciones de publicidad ilícita recogidas por la LGP de 1.988, nos parece preciso hacer referencia a una serie de apreciaciones manifestadas por Santaella⁴, en tanto que diferencia entre la publicidad ilícita y el mensaje publicitario ilícito.

La comunicación publicitaria, tal y como hemos referido anteriormente, es un proceso que puede aislarse en varias fases realizadas por diversos sujetos. Todo este proceso puede verse sometido a una prohibición legal, que es lo que la LGP llama publicidad prohibida, y que no se refiere al contenido de dicha comunicación, sino a un medio concreto, por ejemplo la prohibición de publicidad de tabaco en televisión.

Fuera de este medio, este tipo de publicidad no está prohibida, sino sometida a una serie de normas sobre la forma y el contenido del mensaje, tal y como se establece en el art. 8.5 de la LGP⁵.

Entendido de esta manera, para Santaella publicidad ilícita equivale a publicidad prohibida, es decir, referida a la totalidad del proceso, “supuesto que ciertamente tiene en nuestro ordenamiento jurídico un carácter excepcional”⁶.

Reconoce este autor que esta variedad no se encuentra de forma directa en la ley publicitaria actual, sino citada de forma parcial e indirecta

⁴ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Civitas. Madrid, 1.989. Pág. 104 y ss.

⁵ Art. 8.5 LGP: “... La forma, contenido y condiciones de la publicidad del tabaco y bebidas alcohólicas serán limitadas reglamentariamente en orden a la protección de la salud y seguridad de las persona, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos...”.

⁶ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 106.

en el art. 3. De tal modo que, para este autor, solamente podemos hablar de publicidad ilícita -en el sentido de publicidad prohibida- en el caso del art. 3a) de la LGP y la que sea contraria a derechos y libertades constitucionales (art. 20.4 CE), pues en él nos referimos a supuestos que se refieren al conjunto total del proceso de comunicación publicitaria. De tal modo que también se incluye en este tipo de publicidad la subliminal, la de tabaco y bebidas alcohólicas en T.V. y lugares donde está prohibida su venta y consumo, así como la publicidad encubierta, por atentar contra el principio de identificación publicitaria⁷.

Por su parte, el mensaje publicitario ilícito afecta únicamente al contenido formal y material de la comunicación, es decir, la actividad publicitaria es lícita y los elementos de ilicitud se encontrarían exclusivamente en el mensaje de tal forma que, una vez que éstos son corregidos, la actividad publicitaria resulta ajustada al ordenamiento jurídico.

Afirma Santaella⁸ que “cuando la ley publicitaria se refiere a la publicidad ilícita, en la mayoría de las ocasiones la indicación ha de entenderse atribuida única y exclusivamente al mensaje publicitario, tanto en su aspecto material -contenido de la comunicación publicitaria, propiamente dicho- como en su aspecto formal -expresión creativa básica y su adaptación a cada uno de los medios publicitarios utilizados-”.

⁷ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 119.

⁸ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 105.

Dentro de esa calificación de mensajes publicitarios ilícitos incluye Santaella la publicidad engañosa, desleal y la que infringe la normativa que regula la publicidad de determinados productos.

Ateniéndonos, sin embargo, a la denominación utilizada por la actual Ley General de Publicidad, nos detendremos a continuación en cada una de las formas señaladas como tal en la legislación española.

4.2.1.1- *Publicidad contraria a la dignidad de la persona... Art. 3a)*

Se trata, tal vez, del supuesto más evidente de publicidad ilícita ya que la dignidad de la persona y el respeto a tal condición está reflejado en el art. 10.1 de nuestra Constitución : “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social...*”. Cuestión además referida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás acuerdos y tratados ratificados por España (art. 10.2 CE).

Es decir, cualquier actividad que atente contra estos valores habrá de considerarse ilícita por su carácter anticonstitucional.

El antecedente a esta norma puede situarse en el Decreto 917/1.967 de 20 de abril sobre publicidad exterior que en su art. 10 establecía: “*Se considera ilícita toda manifestación de actividad publicitaria que utilice la persona humana con la sola finalidad de ser soporte material del mensaje o instrumento de captación de la atención*”.

Para autores como Pino Abad⁹, la razón del art. 3a) de la LGP es que ese respeto es el presupuesto básico para la construcción de un Estado de Derecho basado en el respeto, la libertad, autonomía y seguridad de las personas, no sólo frente al poder estatal sino también frente al abuso procedente del resto de ciudadanos.

Santaella¹⁰ recuerda que el respeto a la dignidad de las personas como requisito para la publicidad lícita era ya recogido por el principio de veracidad regulado en el art. 7 del antiguo Estatuto de la Publicidad, donde se hablaba de los atentados a los derechos de la personalidad, actualmente recogidos en el art. 18 de la CE.

El Derecho de la Publicidad habrá, por tanto, de remitirse constantemente al Derecho Constitucional en esta materia, teniendo en cuenta además que, en el caso de la publicidad ilícita, al igual que ocurre con aquella que atenta contra valores y derechos reconocidos en la Constitución, “la declaración de ilicitud referida en bloque a toda la actividad publicitaria encuentra su fundamento en el propio texto constitucional y supone una excepción de carácter absoluto al derecho de la libre comunicación publicitaria”¹¹.

4.2.1.2. *Publicidad engañosa. Arts 3b), 4 y 5 de la LGP.*

El art. 4.1 de la LGP define la publicidad engañosa afirmando que: “Es engañosa la publicidad que, de cualquier manera, incluida su

⁹ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1.988*. INC, Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1.991. Pág. 51.

¹⁰ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 108.

¹¹ Ídem, pág. 110.

presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor". Se trata de una definición que reproduce casi literalmente la definición de publicidad engañosa dada por la Directiva 84/450/EEC¹².

En ambos instrumentos legislativos se destaca que la publicidad engañosa es "aquella que induce o puede inducir a error", lo que pone de manifiesto "que no es necesario que la publicidad sea falaz, es decir, que será publicidad engañosa aquella que siendo exacta en un plano abstracto, es engañosa por inducir a error a sus destinatarios"¹³.

Recordemos que ya Fernández-Nóvoa llamaba la atención sobre la importancia que la interpretación de las expresiones publicitarias por parte del público pudiese tener a la hora de delimitar la exactitud o inexactitud de su contenido y afirmaba que "el anuncio y las demás expresiones publicitarias son imputadas al anunciante tal y como el público las interpreta, no en el sentido en que el anunciante las entiende o hubiera querido entenderlas (...). Un texto publicitario puede estar bien construido, pero su sentido no es el que quiere el anunciante sino lo que han entendido la mayoría de los consumidores"¹⁴.

¹² Directiva del Consejo de 10 de septiembre 84/450/EEC. Art. 2.2: "Publicidad engañosa: toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor". DOCE, n° L 250/17, de 19 de septiembre de 1.984.

¹³ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley Publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 54.

¹⁴ Fernández-Nóvoa, C. "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias". *Revista de Derecho Mercantil*, n° 107 (enero-marzo), 1.968. Pág. 35.

Como vemos, a raíz de la definición dada por la Directiva Europea y la LGP, no se exige que se produzca un daño efectivo, sino que basta el mero hecho de inducir a error o la posibilidad de engañar.

Para Pino Abad “este hecho merece ser acogido muy favorablemente, por cuanto permitirá a los consumidores reclamar a la autoridad judicial, la prohibición de la publicidad que pueda inducir a error, evitando así que llegue a consumarse un perjuicio real -un engaño- en la persona de cualquier consumidor”¹⁵.

Este autor destaca además que el régimen establecido por la LGP¹⁶ introduce de forma implícita una innovación jurídica relativa a la inversión de la carga de la prueba de la veracidad de los extremos afirmados por la publicidad. Es decir, el juez podrá requerirle al anunciante las pruebas para comprobar la veracidad de las afirmaciones contenidas en el mensaje publicitario.

Si bien hemos dicho que la Ley española sigue las directrices de la Directiva Europea, hay que destacar en la norma legal de nuestro país el reconocimiento explícito de la calificación de engañosa a la publicidad que silencia datos en el segundo párrafo del art. 4: *“Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”*.

¹⁵ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley Publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 55.

¹⁶ LGP. Art. 29b): *“Sin perjuicio de lo que pueda acordar para mejor proveer, el Juez, al momento de decidir el recibimiento a prueba, podrá requerir de oficio al anunciante para que aporte las pruebas relativas a la exactitud de los datos materiales contenidos en la publicidad, siempre que aprecie que tal exigencia es acorde con las circunstancias del caso, atendidos los legítimos intereses del anunciante y de las demás partes del proceso”*.

Se trata de una norma no recogida de forma explícita en la Directiva 84/450 pero que sí existía en el Proyecto de Directiva del año 1.979: *“cuando silencie datos esenciales y, por esta omisión, provoca una falsa impresión o suscita expectativas razonables que los correspondientes bienes y servicios no pueden satisfacer”*.

Fernández-Nóvoa¹⁷ reconoce que éste constituye un nuevo tema en el ámbito del Derecho Europeo pero que, sin embargo, gozaba de una cierta tradición en la doctrina y jurisprudencia americana de la mano de la Federal Trade Commission, que en 1.938 añadió el art. 15 a la FTC Act.

En dicho artículo se manifestaba que al determinar si un anuncio era engañoso habría de tenerse en cuenta: la medida en que el anuncio no revela o desvela hechos que son esenciales a la luz de las alegaciones contenidas en los anuncios, así como los hechos que son esenciales respecto a las consecuencias que pueden derivarse del uso de la mercancía anunciada.

La inclusión de este tipo de publicidad engañosa en la normativa española ha sido criticada duramente por los anunciantes que alegan lo peligroso que resulta para sus intereses, ya que pueden verse obligados a dar a conocer datos esenciales que no deberían estar obligados a desvelar.

Se trata de una cuestión también aceptada por Pino Abad¹⁸, quien considera que la cautela será precisa para no provocar un desequilibrio de intereses entre consumidores y anunciantes.

¹⁷ Fernández-Nóvoa, C. *“La regulación de la publicidad engañosa y desleal en la CEE”*. Estudios de Derecho de la Publicidad. Universidad de Santiago de Compostela, 1.989. Pág. 272.

¹⁸ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1.988*. Op. cit. Pág. 59.

4.2.1.3.- *Publicidad desleal. Art. 6 LGP.*

La LGP declara ilícita la publicidad desleal en su art. 6, desglosándola en tres tipos posibles: la publicidad denigratoria, la publicidad adhesiva - contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles- y la publicidad comparativa.

Esta última modalidad va a situar durante muchos años al Derecho español por delante del comunitario pues, si bien la Directiva 84/450 se ocupa de la publicidad engañosa, estableciendo que en un segundo estadio será preciso ocuparse de la publicidad comparativa, esto no va a suceder hasta el año 97, cuando la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1.997 modifiquen la Directiva 84/450 a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa.

4.2.1.3.1. Publicidad denigratoria

Este tipo de práctica publicitaria ilícita encuentra su definición en el art. 6a) de la LGP: *“La que por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades”*.

¹⁸ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1.988*. Op. cit. Pág. 59.

Se trata de una figura ya recogida en el art. 10.2 del antiguo Estatuto de la Publicidad y en la que Fernández-Nóvoa¹⁹ distinguía entre la publicidad de tono personal y la publicidad de tono estrictamente personal.

La primera estaría referida a aquellos casos en que un empresario alude en su publicidad a aquellas circunstancias personales de un competidor que inciden, de manera directa o indirecta, sobre la actividad empresarial del competidor aludido: incompetencia profesional, situación económica del competidor, realización de actos de competencia desleal...

La publicidad de tono estrictamente personal se plantea en aquellos casos en que un empresario alude en su publicidad a las circunstancias personales de un competidor que no guardan relación, ni directa ni indirectamente, con la actividad empresarial de ese competidor aludido, es decir, circunstancias de su esfera privada que no tienen consecuencias en su actividad empresarial.

Se trata, normalmente, de alusiones publicitarias a la raza, la nacionalidad, ideología o creencias religiosas del competidor. En todo caso, hace referencia a una serie de circunstancias que no influyen en el desarrollo de la vida empresarial.

Para Fernández-Nóvoa, el término “más recomendable es el de anuncio o publicidad personal o de tono personal. En efecto, el término denigración personal pone de manifiesto tan sólo una de las vertientes de la modalidad publicitaria objeto de estudio. Indudablemente la alusión

¹⁹ Fernández-Nóvoa, C. “*La publicidad de tono estrictamente personal*”. Estudios de Derecho de la Publicidad. Santiago de Compostela, 1.989. Págs.93 y ss.

publicitaria a la conducta o circunstancias personales del competidor implica, la más de las veces, la denigración del competidor aludido. Por consecuencia de la alusión publicitaria de tono personal, la reputación del empresario aludido quedará rebajada ante los ojos de los consumidores. En atención a este efecto, el anuncio personal debe considerarse ilícito porque los legítimos intereses del empresario aludido quedan quebrantados”²⁰.

Sin embargo, la terminología que perdura en la LGP es la de la denigración, descrédito o menosprecio... que incluye tanto la publicidad denigratoria personal -referida a circunstancias personales- como la publicidad denigratoria profesional -circunstancias con transcendencia en el ámbito empresarial-. “En ambos casos, se considera que la publicidad es desleal aún cuando las alegaciones publicitarias sean veraces”²¹.

A pesar de la afirmación de Pino Abad, la LGP no manifiesta de manera abierta en ningún momento si las alegaciones presentadas han de ser falsas o no, postura que contrasta con lo establecido en el art. 9 de la Ley de Competencia Desleal que, por lo que respecta a este tipo de prácticas concurrenciales, deja entrever que las alegaciones denigratorias han de ser falsas: *“Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.*

En particular no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideologías, la vida

²⁰ Fernández-Nóvoa, C. “La publicidad de tono estrictamente personal”. Op. cit. Pág. 110.

²¹ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 66.

privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”.

4.2.1.3.2. Publicidad adhesiva

Aparece definida en el art. 6b) de la LGP: *“La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.*

Para autores como Pino Abad “se trata de una publicidad que aprovecha la fama o el prestigio adquirido previamente por otra empresa para, utilizando injustificadamente su denominación, siglas, marcas o distintivos, valerse de ese prestigio en beneficio propio produciendo, de esta forma, un cuantioso perjuicio a la empresa afectada al tener esta publicidad, como consecuencia en la mayoría de los casos, el desvío de la clientela de la empresa perjudicada a la empresa que actúa deslealmente”²².

Se trata, en definitiva, de aprovecharse de la fama y los beneficios del otro en un intento de conseguir una clientela a la que estoy engañando, pues intento presentarme ante ellos bajo la apariencia de quien no soy en realidad.

En esta modalidad de publicidad ilícita, también se incluirían aquellos supuestos en que se utilicen marcas, signos, etc. parecidos, aunque no

²² Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 70.

idénticos, a los del competidor con la intención de confundir a los destinatarios.

Estos actos de confusión están claramente reflejados también en la Ley de Competencia Desleal, definiéndolos en su art. 6: *“Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.*

El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de la una práctica”.

Destaca dicha Ley que la confusión del consumidor es ya un motivo suficiente para la deslealtad, es decir, no es sólo el daño que se infringe al competidor lo que provoca deslealtad en dicho acto, sino que simplemente el riesgo de confusión, sin esperar a que éste se produzca provoca la ilicitud.

Para Santaella²³, el art. 6b) de la LGP es el supuesto más propio de publicidad desleal ya que busca la confusión con las empresas competidoras para conseguir un beneficio que no le corresponde.

4.2.1.3.3. Publicidad comparativa.

La LGP la define como práctica desleal en el art. 6c): *“La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado”.*

²³ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 115.

Por su parte, la Ley de Competencia Desleal define los actos de comparación en su art. 10: *"Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables"*.

El art. 6c) de la Ley General de Publicidad, como manifestamos anteriormente, situó por delante de la legislación europea a la española, en materia de publicidad. La Unión Europea no desarrolla la publicidad comparativa hasta la Directiva 97/55/CE²⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 84/450 a fin de incluir la publicidad comparativa si bien ésta era reconocida en la Directiva del 84 en cuanto se refería a datos esenciales y comprobables de productos o servicios similares.

El art. 6c) de la LGP señala, por tanto, dos situaciones con respecto a la publicidad comparativa: la primera, referida a la comparación de productos similares, que será lícita en el caso de que se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos comparados, y una segunda posibilidad, aquella en que se comparan productos o servicios no similares o de limitada participación en el mercado, que siempre es ilícita por considerarse desleal.

Sin embargo, en este segundo caso, Pino Abad²⁵ llama la atención sobre la contradicción que se da entre el art. 10.1 de la Ley de Competencia Desleal, que sí permite esa comparación si se hace referencia a extremos análogos, relevantes y comprobables y el art. 6c) de la LGP que la considera

²⁴ DOCE, n° L 290/18, de 23 de octubre de 1.997.

²⁵ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 71.

ilícita por desleal, al tratarse de productos que no guardan relación entre sí, cuestión también planteada por Santaella²⁶ y Rodríguez Pardo, quien establece que la LGP permite la comparación siempre y cuando “no tome como base del mensaje la comparación de características secundarias y no fácilmente demostrables, no compare bienes y servicios que carecen de similitudes y un mismo nivel de popularidad y, no compare bienes y servicios cuyo consumo en el mercado es francamente diferente”²⁷.

Por su parte, la Directiva 97/55/EC define la publicidad comparativa como *“toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor”*(art. 2.bis).

Este artículo se complementa con el 3.bis, en el que se especifican las condiciones que habrán de respetarse para la licitud de la publicidad comparativa, tales como: no ser engañosa, habrá de comparar bienes y servicios con finalidades o propósitos similares -lo que recuerda al inciso final del art. 6c) de la LGP-, las características comparadas han de ser verificables, representativas e importantes, no puede crear confusión al consumidor sobre cuál es el producto anunciado y cuál el producto o marca competidora, no puede limitarse a anunciar que el producto competidor es una simple copia y, no podrán utilizarse prácticas de competencia desleal o denigratorias sobre el producto o la empresa competidora.

²⁶ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 115.

²⁷ Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la Comunicación*. Op. cit. Pág. 235.

En definitiva, la legislación española y comunitaria permiten la comparación en publicidad, pero siempre y cuando no sirva para crear confusión y no se apoye en premisas de poca importancia.

Tras lo expuesto anteriormente en torno a la publicidad desleal, encontramos que, en las tres modalidades reseñadas por la actual normativa publicitaria, se mantiene un punto común y es que en todas ellas se produce una alusión a las mercancías o servicios de un competidor lo que puede provocar una confusión entre las distintas figuras presentadas, si bien cabe destacar que no es lo mismo publicidad denigratoria, adhesiva y comparativa pues cada modalidad se presenta de manera distinta.

Recogiendo la recomendaciones de Fernández-Nóvoa, en la denigración publicitaria “el empresario anunciante puede decir lisa y llanamente que la mercancía ajena es de mala calidad o presenta ciertos inconvenientes; en la publicidad comparativa, el anunciante rebaja implícita o indirectamente los productos o servicios del competidor pero, en vez de decir que la mercancía ajena es mala, se afirma publicitariamente que la mercancía propia es mejor que la mercancía del competidor. Se resalta la superioridad de las prestaciones propias sobre las ajenas, poniéndose de manifiesto los defectos e inconvenientes de las prestaciones ofrecidas por el competidor. En la publicidad adhesiva, el anunciante equipara las mercancías o servicios propios a las mercancías o servicios de los competidores”²⁸.

²⁸ Fernández-Nóvoa, C. “*La publicidad de tono estrictamente personal*”. Op. cit. Pág. 93.

4.2.1.4.- *Publicidad engañosa y desleal.*

Problemas de confusión de términos se producen también en torno a la publicidad engañosa y desleal. Así, la Ley de Competencia Desleal señala los actos de engaño como actos de competencia desleal, ante lo cual cabría preguntarse si la publicidad engañosa es una modalidad distinta a la publicidad desleal o si ésta podría englobar a aquélla.

Pino Abad recoge las palabras de Cuesta Rute²⁹ en las que éste afirma que “aparentemente la Ley General de Publicidad no participa de ese amplio concepto de competencia desleal, lo cual invita a pensar que la publicidad engañosa no se considera práctica desleal y que el art. 6 de la Ley General de Publicidad protegería el derecho de los empresarios frente a los actos de sus rivales sin tener en cuenta los derechos de los consumidores”.

Sin embargo, cabe recordar que el art. 25³⁰ de la LGP legitima a consumidores y usuarios para solicitar la cesación y rectificación de la publicidad ilícita, es decir, publicidad engañosa y desleal, sin distinguir si la primera afecta a los consumidores y la segunda a los empresarios.

La tesis planteada por Cuesta Rute para diferenciar entre publicidad engañosa y desleal la encontramos también en Menéndez³¹, quien defiende

²⁹ Cuesta Rute, J.M. *Observaciones sobre la LGP*. Citado por Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 64.

³⁰ LGP. Art. 25: “Los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita...”.

³¹ A. Menéndez. Citado por Baylos Corroza, H. *Tratado de Derecho Industrial*. Op. cit. Pág. 358.

que la publicidad desleal hace relación al interés de los competidores, mientras que la publicidad engañosa afecta solamente a los consumidores.

Sin embargo, otros autores muestran una opinión diferente, así Pino Abad considera que “es publicidad engañosa la sancionada en el art. 6b) como publicidad desleal puesto que, si bien perjudica o puede perjudicar a los competidores y, en cuanto tal, ser calificada como desleal, también puede inducir a error a los destinatarios de la publicidad y, por ello, ser engañosa”³².

Para Baylos Corroza “la publicidad engañosa no constituye un supuesto autónomo de actuación desleal en la competencia, sino uno más de los supuestos que definen y condenan tanto la Ley General de Publicidad como la Ley de Competencia Desleal (...). No existe, por una parte una publicidad engañosa y por otra una publicidad desleal. Aquella es un caso concreto de conducta desleal en el sector de la actividad publicitaria, en que la nota que resume su antijuricidad es el engaño”³³.

4.2.1.5.- *Publicidad subliminal.*

La Ley General de Publicidad la define en el art. 7 como: “*La que mediante las técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas como los umbrales de los sentidos o análogos, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida*”.

³² Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 35.

³³ Baylos Corroza, H. *Tratado de Derecho Industrial*. Op. cit. Págs. 353/354.

Es decir, se trata de una práctica que se aprovecha del subconsciente humano, ya que éste percibe una serie de sensaciones sin que la persona se dé cuenta de ello, lo que puede derivar en una toma de decisiones inconscientes basadas en esos estímulos percibidos de los que no es consciente.

Para Santaella, la nota esencial de la definición contenida en la LGP es la no percepción consciente del mensaje, por lo que, en su opinión, “la prohibición de la publicidad subliminal supone llevar a sus últimas consecuencias el principio de autenticidad o de identificación publicitaria. El público destinatario tiene derecho a conocer de forma perceptible cuando está recibiendo mensajes publicitarios”³⁴.

Se trata, sin embargo, de una modalidad cuya existencia es difícil de demostrar, pero cuya presencia en la normativa española de publicidad data del año 84, pues aparece como forma prohibida de publicidad en la norma 6 de las Normas de Admisión de Publicidad aprobadas por el Consejo de Administración del Ente Público RTVE, en virtud de la Resolución de 31 de enero del año 84, donde se establece que “*No se aceptará la emisión de anuncios que propaguen o puedan contener publicidad subliminal*”.

Autores como Santaella defienden que la prohibición de este tipo de publicidad es una consecuencia de la prohibición de la publicidad que atenta contra la dignidad de la persona, pues el respeto hacia ella requiere que cualquier tipo de comunicación sea percibida conscientemente, siendo una manipulación el hacer caso omiso de dicha premisa.

³⁴ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 116.

Este autor incluye, además, este tipo de publicidad dentro de lo que él denomina publicidad prohibida -de la que ya hemos hablado- al considerar que este tipo de clasificación refleja con mayor fidelidad el énfasis que la LGP otorga a la publicidad.

4.2.1.6.- Publicidad de bienes y servicios regulados por normativas especiales.

El art. 8.1 de la LGP establece que determinados tipos de productos - caso de productos sanitarios, de aquellos que pueden suponer riesgos para la salud o la seguridad, juegos de azar...- podrán ser regulados por normas especiales o sometidas al régimen de autorización administrativa previa. Un régimen que podrá también establecerse cuando así lo requieran los valores y derechos reconocidos constitucionalmente.

Los distintos reglamentos para este tipo de productos habrán de contener además una serie de requisitos, en cuanto a la publicidad de los mismos, que la ley publicitaria recoge en el art. 8.2.

El artículo continúa con la regulación del otorgamiento de autorizaciones (art. 8.3), la publicidad de productos psicotrópicos y medicamentos (art. 8.4), la prohibición de la publicidad de tabaco y alcohol de graduación superior a 20 grados en T.V (art. 8.5), así como la calificación de infracciones a la vista de la Ley de Consumidores y Usuarios y de la Ley de Sanidad del incumplimiento de las normas anteriores (art. 8.6).

Se deduce de la lectura del art. 8, que hay una norma general, contenida en esta Ley y que, en determinados casos, habrán de tenerse en cuenta normativas especiales para determinados productos -cuando éstas existan-, o bien someterse al régimen de autorización administrativa previa, que habrá de respetar los principios de la competencia leal, aunque el art. 8.1 no especifica cuál es el órgano administrativo al que compete el otorgamiento de la autorización.

Pino Abad destaca además que el art. 8.3 consagra la figura del silencio administrativo positivo en su último párrafo: *“Una vez vencido el plazo de contestación que las normas especiales establezcan para los expedientes de autorización, se entenderá otorgado el mismo por silencio administrativo”*. Una medida que este autor considera positiva “siempre y cuando defienda los intereses de los consumidores sin perjudicar, excesivamente, los intereses de los demás sujetos involucrados en la actividad publicitaria”³⁵.

Esta doble posibilidad ofrecida por la LGP -normas especiales o autorización administrativa- no puede plantearse en el caso de productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, pues éstos *“solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen”*(art. 8.4).

En cuanto a la infracciones que pueden derivar del incumplimiento de dichas normas, Santaella señala dos categorías: la infracción del régimen de autorización administrativa previa y, en su caso, del régimen de registro de

³⁵ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 77.

la publicidad y, la infracción de la forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios³⁶.

4.2.1.7.- *Publicidad encubierta.*

Este tipo de modalidad publicitaria, que trata de ocultar su carácter presentándose bajo la máscara de la información, aparece delimitado en el art. 11 de la LGP: *“Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las informaciones publicitarias efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”*. Tiene su antecedente en el art. 9 del Estatuto de la Publicidad, referido a la aplicación del principio de autenticidad, de lo que deriva que Santaella³⁷ la denomine publicidad inauténtica.

La no observancia de este deslinde que establece la ley publicitaria puede llevar a los destinatarios a confundir el tipo de comunicación ante la que se encuentran, de hecho, “se pretende hacer creer a los destinatarios de esta publicidad que están ante un mensaje informativo de carácter objetivo, no viciado por el deseo persuasivo y subjetivo que impregna a todo mensaje publicitario tratándose, de esta forma, que el destinatario de esa publicidad otorgue a ese mensaje la misma credibilidad que otorga a un mensaje informativo que, sin duda, suele ser superior a la credibilidad que, normalmente se otorga a un mensaje publicitario”³⁸.

³⁶ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 77.

³⁶ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 118.

³⁷ Ídem, pág. 120 y ss.

³⁸ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 81/82.

Se trata de una publicidad ilícita pero que no aparece como tal recogida en la LGP, solo cabe tener en cuenta su ubicación dentro del Título III dedicado a la contratación publicitaria. Este hecho tendrá importantes repercusiones negativas para el consumidor ya que, como publicidad encubierta, el consumidor no puede llevarla a los tribunales para solicitar la cesación de la misma. El art. 28 de la LGP establece que la jurisdicción ordinaria dirime las controversias sobre publicidad ilícita derivadas de los artículos 3 a 8.

Ello quiere decir que, para la represión de la publicidad encubierta, ésta tendrá que ser considerada engañosa en un sentido amplio - art. 4 LGP: *“es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación”*...- o bien considerarla prohibida acogiéndose a la cláusula prohibitiva del art. 6b) LGP: *“... la que sea contraria a las normas de corrección o buenos usos mercantiles”*³⁹.

Será, por tanto, preciso reconducir este tipo de publicidad a otra categoría que esté incluida dentro de los artículos que señalan las formas de la publicidad ilícita. Santaella señala que incluso esta modalidad podría englobarse en el art. 3e) LGP al tratarse de una publicidad “que infringe lo dispuesto en la normativa especial que regula la actividad publicitaria de los medios”⁴⁰.

Hemos dicho que, de reconducirse a otras categorías, podría incluirse en la publicidad engañosa, pero entendida de un modo amplio, ya que la publicidad encubierta no puede confundirse con la engañosa en sentido

³⁹ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica de la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988*. Op. cit. Pág. 83.

⁴⁰ Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Op. cit. Pág. 121.

estricto, pues si bien aquélla “es un ilícito publicitario que puede inducir a error a los consumidores, este error no viene referido a los bienes o servicios que son objeto de la actividad publicitaria, sino que se refiere a la propia envoltura o continente del mensaje, es decir, no se trata de un error con respecto al contenido sino de un error con respecto al continente de la publicidad, de forma que se hace creer al consumidor que se encuentra ante un mensaje informativo y no ante un mensaje publicitario”⁴¹.

4.2.2.- La sanción de la publicidad ilícita.

El Título IV de la Ley General de Publicidad regula lo referente a la cesación y rectificación de las campañas en los caso de publicidad ilícita y que podrá ser solicitada por los órganos administrativos competentes, asociaciones de consumidores y usuarios, personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y quienes tengan un derecho subjetivo, o bien, un interés legítimo, tal y como queda referido en el art. 25 de la Ley.

Ante estos caso, al profesional publicitario le corresponde un tipo de responsabilidad penal, administrativa o civil, según sea el caso.

Tal y como relata Rodríguez Pardo⁴², la responsabilidad civil que compete al publicitario ante un tipo de publicidad ilícita será la misma que corresponde a un periodista que se encuentra en una misma situación, y que se destaca en los arts. 1902 y 1903 del Código Civil⁴³.

⁴¹ Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley publicitaria de 1.988...* Pág. 84.

⁴² Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Op. cit. Pág. 216.

⁴³ Código Civil. Art. 1902: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Art. 1903: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder (...). Los son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus

Por lo que se refiere a las responsabilidades penales, la responsabilidad de los profesionales publicitarios se mueve en torno a dos cuestiones: la regulación penal referida a la defensa de consumidores y usuarios -respecto a las defraudaciones, delitos contra la propiedad intelectual o industrial, alteración de precios...-, y la regulación de la actividad que estrictamente corresponde al publicitario, regulación demasiado parca en opinión de Rodríguez Pardo⁴⁴.

El Código Civil destaca además, en su art. 282, las penas por delito publicitario: *"Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos"*.

Es decir, el Código Penal incide también en la necesidad de la veracidad en la información publicitaria y en la existencia de un mercado en el que primen las prácticas leales de competencia.

Acerca de la responsabilidad administrativa, somos de la opinión de Rodríguez Pardo⁴⁵ al afirmar que el traslado de competencias a las distintas Comunidades Autónomas ha provocado una profusión legislativa ingente.

dependientes en el servicio de los ramos en los que estuvieran empleados, o en ocasión de sus funciones".

⁴⁴ Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Op. cit. Pág. 216.

⁴⁵ Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Op. cit. Pág. 217.

4.3.- La protección de la creatividad en la Constitución Española.

Hemos enunciado en el apartado anterior los límites, marcados por la propia Ley General de Publicidad, en los que se mueve la actividad publicitaria. Límites que hemos interpretado además como norma de protección para el desarrollo de la actividad publicitaria de forma lícita, es decir, lo que no puedo hacer pero que también me protege frente al resto de creaciones.

Lo que nos planteamos a continuación es el hecho de si la creatividad, como parte de un proceso más amplio, el publicitario, encuentra también protección al amparo de la Constitución Española, es decir, si el art. 20 de la Carta Magna, en el que se reconocen y protegen la libertad de expresión y el derecho a la información, sirve de paraguas protector a la actividad publicitaria entendida como un proceso comunicativo.

Para ello será preciso no sólo tener en cuenta dicha norma, sino también la doctrina y jurisprudencia europea, habida cuenta de la pertenencia española a la Unión y las consecuencias que ello conlleva en el ordenamiento jurídico nacional. También haremos una breve incursión en la doctrina norteamericana, en la que la libertad de expresión, entendida como derecho, comenzó su andadura.

La doctrina europea ha provocado, en este tema, un cambio de orientación en el ordenamiento jurídico español al reconocer, a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades, que la publicidad comercial se encuentra dentro de los contenidos de la libertad de expresión.

Sin embargo, también será preciso hacer un poco de historia sobre uno de los derechos fundamentales más necesarios para la configuración de las sociedades democráticas.

4.3.1.- El derecho a la libertad de expresión

Hablamos de un derecho reconocido internacionalmente y asumido por la práctica totalidad de los países, un principio considerado fundamental para el desenvolvimiento de las culturas democráticas y que habrá de desarrollarse de manera pareja junto a otros derechos de la misma categoría, como puede ser el derecho a la vida o el derecho de asociación, caso de la Constitución Española.

Sin embargo, la noción de libertad de expresión ha ido adquiriendo con el devenir de los años y de los siglos la configuración que actualmente conocemos, de tal modo que no siempre ha estado dotada de los mismos contenidos o ha sido entendida del mismo modo.

Así, la palabra libertad está históricamente asociada a la ausencia de trabas impuestas por el poder político, es decir, lo que significaba era la no ingerencia del poder en los asuntos de los particulares. Baste simplemente recordar, cuando hablábamos de la propiedad intelectual, que el derecho a reproducir libros o escritos era un poder que pertenecía a los monarcas, quienes hacían concesiones a libreros, impresores, etc.

Era un poder que emanaba de ellos y la lucha por conseguir la libertad de impresión, por decidir cada autor el destino de su obra, fue dilucidándose a lo largo de los siglos.

Este concepto de libertad como no ingerencia de los poderes establecidos, es el generalmente atribuido a la primeras Declaraciones de Derechos, una concepción en la que subyace la premisa de la prioridad del individuo sobre la sociedad como consecuencia del antropocentrismo reinante desde finales del siglo XVII, tanto en Europa como en América del Norte⁴⁶.

A lo largo del siglo XVIII comienzan a proliferar los primeros reconocimientos legales con rango constitucional de la libertad, entendida como esa ausencia de limitaciones en función del individuo, concepción que será criticada a lo largo del siglo XIX por parte de pensadores socialistas y anarquistas entre los que puede destacarse a Enmanuel Kant. Pero, será fundamentalmente desde mediados del siglo XX cuando se produzca la verdadera crisis de dicha concepción.

A partir de la década de los 50 comienza a apreciarse la necesidad de una teoría de la libertad de expresión, debido sobre todo al desarrollo que se produce en el ámbito de los medios de comunicación. Tal y como afirma Sánchez González no solo hay más personas que informan y que se informan, no solo ese intercambio es más rápido, sino que también es mayor el número de datos que se ocultan.

En palabras de este autor "los medios, su perfeccionamiento, innovaciones, proliferación -y la propiedad o el control de los mismos- ha alterado de manera sustancial el mundo de las comunicaciones y de la comunicación política. Consecuentemente, los conflictos en torno a la

⁴⁶ Sánchez González, S. *La libertad de expresión*. Edt. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Madrid, 1.992. Pág. 15.

expresión, a la información y a la comunicación se han multiplicado; y los estados se han visto obligados a recurrir al Derecho para encauzar por vías pacíficas la resolución de aquellos”⁴⁷.

Si bien la necesidad de una teoría de la libertad de expresión data de este siglo, a lo largo de los años han sido muchos los pensadores que han defendido dicha necesidad.

Entre los primeros cabe destacar a Jonh Milton⁴⁸ que, en 1.644, edita un artículo titulado *Aeropagítica. Un discurso del señor Milton en favor de la libertad de imprenta dirigido al Parlamento de Inglaterra*. Dicha obra se considera el primer alegato moderno en favor del mencionado derecho. La obra aparece sin licencia de impresión y registro en una época en que el control de los monarcas sobre la prensa y la imprenta era férreo. En dicha obra se defendía la libertad de expresión entendida exclusivamente como una negación de la censura previa y otras limitaciones administrativas.

En palabras de Sánchez González, “la base de partida es la creencia de la libre difusión y correlativa discusión del pensamiento como medio óptimo para poder alcanzar la verdad. Desde esta perspectiva cualquier restricción gubernamental representa un obstáculo criticable que, desde luego, debería desaparecer”⁴⁹.

El siguiente de los pensadores destacados por Sánchez González es Jonh Mill que, en 1. 859, defiende la libertad de expresión como medio para la búsqueda de la verdad. Alexander Meiklejohn defiende la libertad de

⁴⁷ Sánchez González, S. *La libertad de expresión*. Op. cit. Pág. 20.

⁴⁸ Ídem, pág. 23

⁴⁹ Sánchez González, S. *La libertad de expresión*. Op. cit. Pág. 23 y ss.

expresión como elemento esencial del sistema democrático, una libertad sin condiciones, absoluta, de manera que los asuntos públicos gocen de total inmunidad.

Por último, cita Sánchez González a Thomas Emerson, para quien el estado no sólo tiene que garantizar la inexistencia de la censura y de la ingerencia de los poderes públicos, sino que además tiene que fomentar la libertad de expresión facilitando los medios materiales y la información, evitando las distorsiones; y a Smolla, defensor de la libertad de expresión en todos los ámbitos de la vida: prensa, religión , arte...

Después de lo dicho, es preciso destacar que la doctrina de la libertad de expresión tiene su origen en los Estados Unidos, allí es donde nace y se desarrolla de forma más intensa⁵⁰.

En el año de 1.791 se aprueba la Primera Enmienda de la Constitución Americana: *"El Congreso no aprobará ley alguna referente a la implantación de religión o prohibiendo el culto de alguna de ellas; ni ley que restrinja la libertad de expresión o prensa; ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente; ni el de dirigirse al gobierno en demanda de remedio en situaciones consideradas injustas"*.

En todo caso, se trata de un derecho que, si bien aparece reconocido en el territorio norteamericano a finales del siglo XVIII, es preciso recordar que también la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.791, promulgada tras la Revolución Francesa, lo reconoce en sus arts. 10 y

⁵⁰ Torres del Moral, A. En el Prólogo del libro *La libertad de expresión*. Op. cit. Pág. 9.

11⁵¹. Con posterioridad aparece reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 19, firmada en el año 1.948, y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1.966, en su art. 17.

La primera aparición se da en Norteamérica, por esta razón será preciso, para el tema que nos ocupa, ver también cuál ha sido el desarrollo en la doctrina y jurisprudencia norteamericana de la relación entre la publicidad y la Primera Enmienda, es decir, entre la publicidad y la libertad de expresión.

4.3.1.1.- *Publicidad y Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana.*

La interpretación que se ha hecho de la Primera Enmienda con respecto a la publicidad ha sufrido una evolución a lo largo del tiempo hasta llegar a la doctrina actual, de tal modo que podría hablarse de varias etapas.

Hasta el año 1975 se desarrolla lo que se conoce bajo el nombre de *Commercial Speech Doctrine*⁵², época que se inicia en el año 1.942 y que se caracteriza por el hecho de que la Primera Enmienda tan sólo va a proporcionar protección constitucional a la expresión de asuntos políticos o públicos. Es decir, yo puedo expresar mi opinión sobre un tema político o de actualidad, es un derecho amparado constitucionalmente, sin embargo, el mismo planteamiento utilizado para vender un producto no lo está.

⁵¹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Art. 10: "Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no alteren el orden público establecido por la ley". Art. 11: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir, imprimir libremente a reserva de responder del abuso de esa libertad en los casos determinados por la ley".

⁵² Tato Plaza, A. *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. En *Actas de Derecho Industrial*. Tomo XIV, año 1.991/92. Pág. 169 y ss.

Esta doctrina se inicia, como hemos dicho, en 1.942 a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso Valentine c. Chrestensen.

Los hechos se produjeron cuando el sr. Chrestensen, propietario de un submarino que exhibe, previo pago, a quien desee conocerlo, imprime un panfleto en la ciudad de Nueva York en el que hace publicidad de la exhibición. Cuando comienza a distribuirlo en las calles es advertido de que el Código Sanitario prohibía la distribución de panfletos publicitarios en la vía pública, permitiendo solamente aquellos consagrados a la información o protestas públicas.

El sr. Chrestensen imprime entonces el panfleto por ambas caras, una mantiene la propuesta publicitaria y en la otra protesta contra la autoridades municipales que le impedían amarrar el submarino en uno de los muelles públicos de la ciudad. Dicho personaje es condenado, por lo que presenta demanda ante el Tribunal de Apelación, alegando que ha sido violado su derecho a la libertad de expresión.

El caso llega hasta el Tribunal Supremo que no atenderá la demanda con fundamento principalmente en dos consideraciones: la formación histórica de la Primera Enmienda, por la que la protección originaria está dirigida a asuntos de interés público y social y, segundo, el fin de lucro que acompaña a la publicidad comercial la deja fuera del ámbito de protección constitucional.

A partir de la década de los 70, la jurisprudencia americana va a sufrir todo un proceso de evolución que culminará con la inclusión de la

publicidad dentro del ámbito de protección de la primera Enmienda y que Tato Plaza denomina *la erosión de la Commercial Speech Doctrine*⁵³.

Este proceso deriva de la aparición de opiniones discrepantes en las sentencias que debaten el amparo constitucional de la publicidad. Aparecen opiniones divergentes con respecto a la sentencia del caso Chrestensen. Así, el Juez Douglas afirma que “la libertad de expresión y de prensa (...), no se limita a un mensaje de una determinada clase y naturaleza (...). El fin de lucro no debe marcar la diferencia ya que es un elemento inherente a la concepción de la prensa en nuestro sistema de libre empresa”⁵⁴.

A pesar de las opiniones discrepantes, la evolución en la doctrina vendrá determinada, sobre todo, por el cambio desarrollado por el Tribunal Supremo americano que va a modificar sus métodos de análisis, basados hasta ese momento en el fin lucrativo de la actividad publicitaria para negar el amparo constitucional.

Pero el Supremo llevará a cabo un análisis de la expresión publicitaria para dilucidar si contiene algún elemento informativo que, independientemente de la finalidad lucrativa, le permita estudiar una posible inclusión de la publicidad en la Primera Enmienda.

Esta evolución de la doctrina puede verse en las sentencias *New York Times c. Sullivan*, *Pittsburgh Press Co. c. Pittsburgh Commission on Human Relations* o *Bigelow c. Virginia*.

⁵³ Tato Plaza, A. *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. ADI. Tomo XIV, año 1.991/92. Pág. 171 y ss.

⁵⁴ Citado por Tato Plaza, A. *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. ADI. Tomo XIV, año 1.991/92. Pág. 172.

En este último caso, los hechos se planteaban en torno a la revista del Virginia Weekly que publicaba un anuncio de una clínica de nueva York donde se practicaban abortos. En el Estado de Virginia el aborto estaba prohibido, por lo que el editor de la publicación, Bigelow, fue acusado de violación de las normas prohibitivas del aborto en dicho Estado.

El Tribunal Supremo rechazó el fin lucrativo del anuncio para negar la protección constitucional de dicha actividad y se centró en el contenido del anuncio. En la sentencia se afirma que la existencia de una actividad comercial, en sí misma, no justifica una restricción de la protección de la libertad de expresión.

Atendiendo al contenido del mensaje, el Supremo afirma que se trata de un asunto de interés público y que el anuncio contenía información de potencial interés y valor para una audiencia diversa, siendo ésta la razón que le hizo merecedor de la protección de la enmienda constitucional.

A la vista de lo relatado, observamos que la jurisprudencia americana pasa de una concepción contraria a la protección constitucional de la publicidad por su finalidad lucrativa a otra en la que será el contenido del mensaje el que determine dicha protección, al analizarse, en cada caso, la existencia o no de elementos informativos de interés público en el anuncio.

Tal y cómo manifiesta Tato Plaza, el último paso necesario para delimitar esa protección definitiva era plantearse si la publicidad comercial, en sí misma, transmite información de interés público, “si la respuesta a esta pregunta fuese afirmativa, la publicidad comercial quedaría entonces

amparada conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, por la Primera Enmienda y los derechos de ella derivados”⁵⁵.

Es decir, el Supremo americano ya se había manifestado en varias ocasiones a favor de la protección constitucional de la publicidad justificándola en el contenido del mensaje y desechando su fin lucrativo para apartarla del amparo. Sin embargo, era preciso el espaldarazo definitivo a esta resolución, hacer ver que se trataba de algo definitivo que dejase fuera de dudas la situación de la publicidad. Y ese espaldarazo definitivo se produce con motivo de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Virginia State Board of Farmacy et al. c. Virginia Citizens Consumer Council Inc. et al.* en el año 1.976.

En este caso se cuestionaba la constitucionalidad de una ley del Estado de Virginia que prohibía a los farmacéuticos hacer publicidad en la que se manifestase el precio de los medicamentos.

El Tribunal Supremo es consciente, en este caso, de que la protección constitucional de la publicidad se le plantea de lleno, conocedor de que todavía no se había producido una aceptación plena de la inclusión de la actividad publicitaria en la Primera Enmienda.

Y esa será precisamente la aportación del Supremo en este caso, confirmando la protección y justificándola en base a un análisis conjunto de los intereses de los anunciantes - tienen un interés puramente económico, pero ello no puede descalificarlo para la protección-, los consumidores -su

⁵⁵ Tato Plaza, A. *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. ADI, tomo XIV, año 91/92. Pág. 177.

interés en la libre circulación de información comercial es igual o mayor que su interés por el debate político- y de la sociedad en general, que mantiene gran interés en la circulación de la publicidad, pues ésta divulga información acerca de quién produce y vende un determinado producto, por qué lo vende y a qué precio.

La sentencia planteada es la que provoca la máxima protección de la publicidad y su aceptación definitiva como una forma más de libertad de expresión. A partir de dicho momento, las sentencias que el Tribunal Supremo vaya emitiendo seguirán esta línea, si bien cabe decir que no termina aquí el estudio del tema ya que seguirá manifestándose una evolución pues, poco a poco, la doctrina va matizando y, a medida que avanza el tiempo, se camina también hacia una disminución de la protección.

Dicha situación se pone de manifiesto en la sentencia del año 80 del Tribunal Supremo en el caso *Central Hudson Gas & Electric Corp. c. Public Service Commission of New York*.

El caso comenzó en 1.973, cuando la Comisión de Servicios Públicos de Nueva York ordenó el cese de la publicidad sobre el consumo de energía eléctrica, razonando que la insuficiencia de petróleo almacenado podría provocar problemas para el abastecimiento de consumidores en el invierno de dicho año.

Tres años más tarde, dicha insuficiencia había sido superada y la Comisión de Servicios Públicos realizó una encuesta entre los consumidores acerca del mantenimiento o no de la prohibición, reafirmandose en ella en el año 77. La compañía eléctrica Central Hudson comenzó entonces acciones

encaminadas a conseguir la inconstitucionalidad de la prohibición por violación de su derecho a la libertad de expresión, llegando el caso hasta el Tribunal Supremo, quien aprovecharía el caso para hacer una reelaboración de la doctrina.

Afirma el Supremo que la publicidad tiene amparo constitucional pero éste es menor que el otorgado dentro de otras áreas no comerciales, reduciendo el ámbito de protección y estableciendo cuáles han de ser las pautas que deben determinar la protección o no de un determinado anuncio y, teniendo en cuenta que, para que exista protección el mensaje publicitario, éste ha de tener un carácter informativo.

El Tribunal Supremo establece así un sistema de análisis que será conocido en la doctrina con el nombre de *Test Hudson*⁵⁶ y que se apoya en cuatro puntos:

- . La expresión publicitaria en cuestión ha de referirse a una actividad lícita y no ser engañosa. Si esta norma se incumple, ya no hay amparo constitucional.
- . La restricción del mensaje comercial que se discuta debe estar basada en un interés sustancial del gobierno.
- . La regulación restrictiva del mensaje comercial deberá tender directamente a la satisfacción del interés alegado.
- . La regulación restrictiva no deberá ser más extensiva de lo necesario para alcanzar el interés estatal. Esta medida fue interpretada de modo que el

⁵⁶ Tato Plaza, A. *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. ADI, tomo XIV, año 1.991/92. Pág. 184.

Estado debía probar que cualquier medio menos restrictivo que el escogido resultaba ineficaz para la consecución del fin perseguido.

Las cuatro pautas del test determinaban si había o no una violación de la libertad de expresión, es decir, si la medida restrictiva de la publicidad que se planteaba superaba las cuatro pruebas no había violación de la Primera Enmienda y a la inversa.

En el caso de la Central Hudson, el Supremo dictaminó la violación de la Primera Enmienda y la no validez de la prohibición basándose en el propio test establecido. En este caso, la prohibición planteada superó las tres primeras pruebas, sin embargo, la Comisión de Servicios Públicos no presentó ninguna prueba que permitiese observar que la utilización de otros métodos resultarían ineficaces para el objetivo buscado, por lo que la prohibición hubo de desaparecer.

La doctrina americana se ha quedado prácticamente situada en esta concepción de la publicidad como actividad que goza de protección constitucional, pero siempre teniendo en cuenta que es menor a la dispensada a otras actividades no comerciales.

Pocos cambios se han planteado desde entonces, la doctrina sigue teniendo la misma base, si bien se ha producido una pequeña matización con respecto al cuarto punto del *Test Hudson*.

En el año 89, el Tribunal Supremo americano resuelve que esa comprobación de la eficacia de la medida restrictiva planteada no ha de exigir una prueba tan estricta como la solicitada hasta el momento, sino que

lo que ha de buscarse es una concordancia entre los fines legislativos y los medios escogidos para conseguirlo, es decir, será precisa una concordancia que sea proporcional al fin buscado.

Lo importante no es demostrar que la medida restrictiva es la única eficaz sino que es la más conveniente, siendo el gobierno el que debe decidir qué medio de regulación es el mejor. En opinión de Tato Plaza, “lo que hace el Tribunal Supremo es dar un cierto margen de maniobrabilidad a los estados para elegir el medio restrictivo que estimen más conveniente para la protección de determinados intereses, es decir, el mejor no es el menos restrictivo sino el que concuerde con el fin buscado y sea concebido para salvaguardar los intereses que lo fundamentan”⁵⁷.

Estas serán las directrices marcadas por la jurisprudencia norteamericana, que se mantiene en la actualidad y que ha mostrado una evolución hasta su configuración definitiva actual, desde una exclusión de la publicidad del amparo de la Primera Enmienda hasta una protección total por parte de ésta, para concluir en una protección limitada, menor que la otorgada a otras áreas.

4.3.2.- El derecho a la libertad de expresión en Europa.

La inclusión de la publicidad comercial en el ámbito del Derecho Comunitario tiene una evolución bastante más condensada en el tiempo, si lo comparamos con el país americano.

⁵⁷ Tato Plaza, A. *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. ADI, tomo XIV, año 1.991/92. Pág. 192.

Hemos dicho que se trata de derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1.948, cuyo art. 19 establece que: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de difusión”*.

Además, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos del año 66 lo incluye en su art. 17: *“1.- Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*

2.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3.- El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas en la ley y ser necesarias para : a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional o el orden público o la salud o la moral públicas”.

Ripoll Carulla destaca que, del análisis comparativo de ambos enunciados se advierten diferencias notables, ya que el Pacto muestra una redacción más extensa que le permite una regulación más detallada de los derechos.

Destaca este autor una diferencia notable en el segundo párrafo del Pacto “y esto es novedoso, al derecho de difundir estas ideas se añade ahora el de buscar y recibir libremente la información”⁵⁸, cuestión no reseñada en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Dentro del seno de la Unión Europea, dichos derechos - la expresión de la opinión... y el derecho a recibir información- se encuentran reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Por su parte, la Constitución Española hace un reconocimiento genérico de ambos en el art. 10.2 donde se establece que: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España”*.

Este artículo convierte al CEDH en cláusula interpretativa de preceptos constitucionales en materia de derechos humanos, es decir, en España dicho texto es de aplicación directa, tiene rango de ley en virtud del art. 96.1⁵⁹ de la Constitución.

Esta situación va a permitir invocar ante los tribunales españoles la interpretación que, sobre derechos fundamentales y libertades, se deduzca de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y, en su caso, declarar la inconstitucionalidad de la leyes que vulneren dicha interpretación.

⁵⁸ Ripoll Carulla, S. *Las libertades de información y comunicación en Europa*. Tecnos. Madrid, 1.995. Pág. 43.

⁵⁹ Art. 96.1 CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

El art. 20.1a) y d) de la Constitución Española concreta el reconocimiento de la libertad de expresión y el derecho a la información respectivamente, cuya interpretación habrá de realizarse a la luz del mencionado art. 10 del CEDH.

Sin embargo, a pesar del reconocimiento realizado por los distintos ordenamientos, es preciso distinguir entre el art. 10 del CEDH y el art. 20 de la CE.

4.3.2.1.- *Libertad de expresión e información y actividad publicitaria en el Derecho Comunitario.*

Ambos derechos se encuentran reconocidos en el art. 10 CEDH: “1.- *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber ingerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras....*”.

2.- *El ejercicio de estas libertades, que entrañan derechos y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”.

Como puede observarse, el art. 10 CEDH consagra en el mismo precepto la libertad de expresión y de información configurando “la libertad de información como una institución integrada en la libertad de expresión y que, por consiguiente, ambas libertades estarán sometidas a las mismas limitaciones y tendrán las mismas garantías jurídicas”⁶⁰.

Tras su reconocimiento, el art. 10 CEDH establece cuáles son los requisitos exigibles a los límites que puedan plantearse al ejercicio de dichos derechos. Dichos requisitos habrán de ser:

- El límite que pueda plantearse habrá de estar previsto en la Ley.
- Habrán de tener una finalidad legítima, finalidad que el propio artículo enumera: seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, la protección de la salud o de la moral y la protección de la reputación o de los derechos ajenos.
- Deberán ser medidas necesarias en una sociedad democrática atendiendo a un principio de proporcionalidad.

Se trata, en todo caso, de unas restricciones que no afectan el núcleo central del derecho que no es otro que “el mantenimiento de la libertad individual, de pensamiento y de palabra frente al Estado y ejercerlo, incluso contra él”⁶¹.

Por último, se destaca en dicho artículo que el reconocimiento de ambos derechos implica la no ingerencia de ninguna autoridad en su ejercicio, del mismo modo que su desarrollo no puede encontrar

⁶⁰ Freixes Sanjuán, T. *Libertades informativas e integración europea*. Colex. Madrid, 1.996. Pág. 22.

⁶¹ Saavedra López, M. *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Barcelona, 1.989. Pág. 24. Citado por J. Cremades en *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Edt. La Ley-Actualidad. Madrid, 1.995. Pág. 38.

impedimentos en virtud de la existencia de fronteras entre los distintos estados miembros de la Unión.

En palabras de Ripoll Carulla, “el art. 10 CEDH representa así el común acuerdo al que ya en 1.950 llegaron los Estados miembros en relación con la libertad de información y de expresión...”⁶².

La interpretación del CEDH corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJUE) o Tribunal de Luxemburgo, así como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o Tribunal de Estrasburgo.

Ambos tribunales se ocupan de velar por el cumplimiento del Derecho Comunitario y, por tanto, del Convenio Europeo de Derechos Humanos que se ha integrado dentro de la normativa europea como uno de los Principios Generales a partir del Tratado de la Unión Europea (1.992), en cuyo art. F se compromete a respetar los derechos fundamentales tal y como están garantizados en el CEDH y resulta de la tradición constitucional de los estados miembros.

Ello conlleva que los derechos relacionados con la libertad de expresión habrán de regularse y ejercerse en todos los estados miembros de conformidad con el Derecho Comunitario, lo cual significa que vincula tanto a los poderes públicos como a los particulares. En palabras de Freixes Sanjuán, “la libertad de expresión e información son, por expresa disposición de Tratado de la Unión Europea, derechos fundamentales en la

⁶² Ripoll Carulla, S, *Las libertades de información y comunicación en Europa*. Op. cit. Pág 45.

Unión Europea, cuya estructura jurídica responde a la de principio general del Derecho Comunitario”⁶³.

En el ámbito europeo, la regulación de las libertades informativas habrá de sujetarse, por tanto, a los Principios del Derecho Comunitario - conformado por los derechos fundamentales del CEDH, entre ellos la libertad de expresión y el derecho a la información-, al Tratado Constitutivo de la Comunidades (1.957) y al Acta Única Europea (1.986) y al Derecho Comunitario Derivado, en el que se encuadran diversas normas que inciden directamente sobre la libertad de información.

Por su parte, tal y cómo decíamos anteriormente, el TJUE y el TEDH se encargan de interpretar y velar por el cumplimiento del Convenio Europeo y, por tanto, de lo referido a libertad de expresión e información.

Así, el Tribunal de Luxemburgo dispone, a través de su jurisprudencia emitida, que la integración del art. 10 del CEDH en el Derecho Comunitario tendrá como una de sus consecuencias que los derechos relacionados con el pluralismo en los medios de comunicación y los límites que los estados miembros puedan interponer a las libertades informativas deberán respetar lo establecido en dicho artículo.

Se constata además la aceptación de los monopolios televisivos bajo ciertas condiciones, es decir, siempre y cuando se respeten los derechos de libre establecimiento, libre circulación de servicios y mercancías y no se produzca discriminación. Y, por último, la jurisprudencia del TJDH,

⁶³ Freixes Sanjuán, T. *Libertades informativas e integración europea*. Op. cit. Pág. 14.

reconoce que la publicidad está incluida dentro de los derechos incluidos en el art. 10 del CEDH.

Por lo que respecta a esta última cuestión, el “Tribunal de Justicia de las Comunidades no afirma directamente la inclusión de la publicidad en la libertad de expresión pero, en el caso *Mediawet*, caso *Debaube*⁶⁴ y caso *Bon Van Adverterders*, da por supuesto tal subsunción y examina los límites de la publicidad a la luz de la libertad de expresión”⁶⁵.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, también ha sido abundante con respecto a la libertad de expresión e información pero, tal y como hemos hecho en el caso anterior, nos centraremos simplemente en el aspecto publicitario, también reconocido como integrante del art. 10 del CEDH por este Tribunal, tal y como se deriva de la resolución del caso *Barthold*. En este caso, la falta de proporcionalidad en la sanción impuesta al demandado es lo que lleva al Tribunal a favorecerle en su sentencia.

Se planteaba aquí la revisión de las normas deontológicas del Colegio de Veterinarios de Hamburgo como límite a la libertad de expresión por entender que planteaba un conflicto de intereses entre el Colegio Profesional y uno de sus miembros.

El demandante ante el Tribunal de Estrasburgo era S. Barthold, veterinario en Hamburgo y miembro del Consejo de Veterinarios de la

⁶⁴ STJCE de 18 de marzo de 1.980. Lo que se planteaba era si se podía prohibir la emisión de publicidad por empresas situadas fuera del territorio de Bélgica pero que podían captarse dentro del mismo. El Tribunal de Justicia reconoce que no hay una prohibición a los estados miembros para que realicen normativas contrarias a la publicidad televisada pero que, en caso de realizar la prohibición, debe aplicarse sin distinción por lo que se refiere al origen nacional o extranjero de la publicidad. Es decir, por interés general, un estado puede prohibir la publicidad televisiva siempre y cuando no se discrimine en virtud del origen del emisor.

citada localidad. Como propietario de una clínica ofrecía un servicio permanente de urgencias, habiendo solicitado en reiteradas ocasiones al Colegio el establecimiento de un servicio de urgencias nocturnas. Sin embargo, por dos ocasiones, se votó en contra de su propuesta.

En agosto del 78, en un periódico local aparece el artículo de una periodista contando las tribulaciones por las que habían pasado los propietarios de una gata para encontrar un veterinario que pudiera atenderla por la noche. Después de intentarlo en dos clínicas, encontraron al doctor Barthold, lo que evitó la muerte de la gata. El artículo se acompañaba con la declaraciones de otro veterinario que también defendía la organización de un servicio de emergencia veterinario.

Algunos de los colegas del doctor consideraron que el artículo era contrario al Código Deontológico de dicha profesión, que prohíbe la publicidad de sus colegiados, remitiendo el anuncio a la “Asociación Pro Honore para la lealtad y confianza en los negocios”⁶⁶, fundada en 1.925 por los comerciantes de Hamburgo para velar por el buen funcionamiento de las actividades económicas y empresariales.

Dicha asociación remitió una carta al demandante informando que le había sido remitida determinada información donde se le presentaba como incitador del relatado artículo para hacer publicidad en provecho propio, manifestándole que había infringido la Ley de Competencia Desleal y que iniciarían acciones legales en caso de volver a repetirlo y habría de pagar una multa.

⁶⁵ Freixes Sanjuán, T. *Libertades informativas e integración europea*. Op. cit. Pág. 32.

⁶⁶ Cremades, J. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Op. cit. Pág. 253.

A partir de ahí se iniciaron una serie de procesos a través de distintos tribunales con sentencias condenatorias para el doctor Barthold, que interpuso demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando que las sanciones indirectas que le habían sido impuestas violaban su derecho a la libertad de expresión y su libertad de pensamiento, recogidos en el art. 10 del Convenio Europeo.

En 1.983, la Comisión opinó que se había producido una violación del art. 10, respecto a la libertad de expresar las propias ideas y opiniones, así como de difundir informaciones sobre un asunto de interés general.

Remitido el caso al Tribunal de Estrasburgo, éste finalmente dictaminó que la medida aplicada estaba prevista en la ley, pero señalando que, en este caso, la ingerencia de las autoridades iba más allá del fin legítimo perseguido, dando lugar a una solución desproporcionada sobre el doctor Barthold por el simple hecho de denunciar una carencia que ya existía y que había sido relatada con anterioridad por parte de otro colega, por lo que el hecho de que el demandado expusiese su opinión y ésta tuviese una cierta repercusión publicitaria, que no gustó a sus colegas, no era motivo suficiente para la rígida sanción impuesta por los tribunales alemanes.

Freixes Sanjuán afirma al respecto que, “de admitirse tan desproporcionada limitación se podría desanimar a los profesionales liberales a contribuir a la discusión pública de las cuestiones relativas a la vida de la colectividad, puesto que a poco que ello se considerase incluido en módulos publicitarios, podría ser castigado por las autoridades”⁶⁷.

⁶⁷ Freixes Sanjuán, T. *Libertades informativas e integración europea*. Op. cit. Pág. 40.

Es decir, el TEDH reconocía la publicidad comercial como contenido de la libertad de expresión, por lo que su defensa podría invocarse a través del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, Tato Plaza no se muestra partidario de esa interpretación hecha sobre dicha sentencia y afirma “nosotros no podemos compartir esta opinión, ya que la Comisión considera que las afirmaciones del dr. Barthold han de estar protegidas por tal precepto, no por constituir una actividad publicitaria, sino por ser la expresión de informaciones y opiniones”⁶⁸.

Sin embargo, tal y como señala Cremades, la sentencia del caso Barthold, de 25 de marzo de 1.985, “no se pronunció de manera definitiva sobre si la protección que el art. 10 CEDH otorga a la libertad de expresión se extiende también a la publicidad comercial (...). Sí lo ha hecho, sin embargo, la sentencia de 24 de febrero de 1.994 (caso Casado Coca), en la que se afirma que la naturaleza lucrativa del fin buscado con un acto comunicativo no puede dejar de hacerle merecedor de la protección general que el art. 10 CEDH establece para la libertad de expresión *lato sensu*”⁶⁹.

El caso Casado Coca, sentencia de 24 de febrero de 1.994, se refiere a la demanda presentada por este abogado catalán a quien el Colegio de Abogados expedientó por hacer publicidad de su bufete en la sección de

⁶⁸ Tato Plaza, A. *La publicidad comparativa*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Madrid, 1.996. Pág. 105. Este autor se remite al punto 59 del informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el que se afirma que “de hecho, el asunto no concierne en absoluto a la publicidad en el sentido en que este término se entiende generalmente (...). El demandante no inició la publicación en cuestión ni pagó por ella, la publicación no tomó tampoco la forma de una publicidad y no tenía esencialmente como objeto, por su contexto, el hacer publicidad para la clínica del demandante...”.

⁶⁹ Cremades, J. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Op. cit. Pág. 255

anuncios por palabras de distintos diarios y en la Revista Alemana de España, cuestión prohibida por el Estatuto General de la Abogacía.

El Colegio de Abogados le sancionó durante los años 82 y 83, sin embargo, Casado Coca siguió insertando anuncios, aunque en medios de menor difusión, por lo que volvió a ser sancionado.

El abogado acudió a los tribunales, alegando una violación de su libertad de expresión reconocido en el art. 20 CE. Se inició el proceso y los recursos fueron desestimados, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, que dictaminó que la publicidad no era una manifestación que pudiese encontrar amparo en el art. 20 de la Constitución Española, precisamente por el fin comercial y lucrativo de la actividad publicitaria⁷⁰.

El abogado catalán recurrió entonces a la Comisión Europea, que remitió el caso al Tribunal de Estrasburgo, que si bien no dió la razón al letrado, al considerar que no había existido desproporcionalidad en la medida adoptada por el Colegio de Abogados, sí declaró claramente la inclusión de la publicidad en el ámbito de protección de la libertad de expresión, subrayando que el art. 10 del CEDH “garantiza la libertad de expresión a todas las personas, sin distinguir la naturaleza, lucrativa o no del fin perseguido”⁷¹.

⁷⁰ Ramos Fernández, F. *Los límites de la publicidad*, texto mecanografiado del segundo ejercicio presentado por el autor para el concurso de una plaza de Profesor Titular en la Universidad de Vigo. Pontevedra, 1.999. Pág. 17.

⁷¹ Saraza Jimena, R. *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Edt. Aranzadi. Pamplona, 1.995. Pág. 196

Para Tato Plaza, la propia sentencia del caso Casado Coca reconoce que la cuestión de la inclusión de la publicidad en el art. 10 CEDH quedó sin resolver en el caso Barthol, pero que la jurisprudencia posterior a dicho caso proporcionaba pistas para que esa inclusión fuese efectiva.

Sobre el caso Casado Coca, este autor afirma que “el TEDH estima que el art. 10 resulta aplicable en este caso, ya que si bien los anuncios discutidos tenían una finalidad publicitaria, también proporcionaban informaciones de gran utilidad para aquellas personas que necesitasen asistencia jurídica, facilitando así su acceso a la justicia”⁷².

Como dijimos anteriormente, en esta sentencia, el TEDH deja claro que el art. 10 del Convenio Europeo, donde se reconoce el derecho a la libertad de expresión, ampara la publicidad comercial, explicitándolo de manera clara, tal y como relatamos anteriormente. La diferencia entre el caso Barthold y el caso Casado Coca fue que, precisamente en el primero se dictaminó una violación del art. 10, mientras que no ocurrió así en el segundo.

La jurisprudencia emitida por ambos tribunales europeos- el de Justicia y el de Derechos Humanos- da lugar a una serie de criterios generales que han de presidir la normativa, la ejecución y la acción jurisprudencial de los Estados Miembros. Freixes Sanjuán⁷³ señala un total de tres.

⁷² Tato Plaza, A. *La publicidad comparativa*. Op. cit. Pág. 111

⁷³ Freixes Sanjuán. T. *Libertades informativas e integración europea*. Op. cit. Pág. 67 y ss.

El primero sería ese carácter amplio e integrador de la libertad de expresión e información como principio fundamental de toda sociedad democrática. Hemos repetido en varias ocasiones que ese carácter integrador de ambos derechos se encuentra en el art. 10 CEDH, donde se entiende que el derecho a la información deriva de la libertad de expresión, en el sentido de que es preciso que ésta haya sido reconocida y sea plenamente ejercida para que pueda darse aquella.

Esta amplitud en el contenido del artículo permite que dentro de él encuentren cabida, además de todo tipo de expresiones ideológicas, políticas, sociales..., las informaciones u opiniones de carácter comercial.

El segundo de los principios que derivan de la jurisprudencia europea se refiere a la inclusión de la libertad de antena en el ámbito de la libertad de expresión e información, cualquiera que sea el soporte técnico utilizado.

Por último, se destaca el hecho de que libertad de expresión y derecho a la información no son derechos absolutos, sino que pueden estar sometidos a ciertos límites establecidos por el TEDH. En tanto que son límites previstos por la ley, necesarios para una sociedad democrática, habrán de tener una finalidad legítima y su aplicación deberá ser proporcional a esa legitimidad buscada.

4.3.2.2.- La libertad de expresión, el derecho a la información y la actividad publicitaria en la Constitución Española. El art. 20.

Al contrario de lo que ocurre en la doctrina europea, en la que ambos derechos se encuentran recogidos en el art. 10 del Convenio Europeo de

Derechos Humanos, la Constitución Española, si bien los incluye dentro del art. 20, los reconoce de manera autónoma en los apartados a) y d) del punto primero.

Por un lado libertad de expresión y, por otro, libertad de información, formando parte de la misma raíz y teniendo un valor jurídico similar pero, a la vez, con contenidos distintos. En palabras de Cremades “el artículo 20 se acoge a una concepción dual que normativiza a nivel constitucional la progresiva autonomía que la libertad de información ha ido adquiriendo respecto de la libertad de expresión, en la que tiene su origen y con la cuál aún mantiene íntima conexión y elementos comunes”⁷⁴

Hablar de libertad de expresión es hablar de libertad de opinión y pensamiento y buena parte de la doctrina se plantea si en ella cabría incluir a la publicidad, actividad persuasiva donde las haya y con una finalidad marcadamente comercial, es decir: vender.

Ese carácter propio de la publicidad es lo que, para buena parte de los investigadores, justifica que ella no pueda incluirse en ese derecho. Su marcada intencionalidad “no puede compararse con los fines (considerados más nobles) de la información periodística o de actualidad, propiamente dicha, o la emisión de opiniones libres dentro del ordenado ejercicio de la relación social dentro de una sociedad democrática”⁷⁵.

⁷⁴ Cremades, J. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Edt. La Ley-Actualidad. Madrid, 1.995. Pág. 63.

⁷⁵ Ramos Fernández, F. *Los límites de la publicidad*. Texto mecanografiado del segundo ejercicio del autor para el concurso de una plaza de Profesor Titular en la Universidad de Vigo. Pontevedra, 1.999. Pág. 5

Es decir, inicialmente, los intérpretes de la Constitución entendieron el concepto de libertad de expresión de una manera concreta, aplicada a la información en tanto en cuanto es emisión de hechos noticiables pero no en lo que respecta a la publicidad. Dicha actividad no encontraba, por tanto, amparo constitucional bajo el paraguas de la norma española.

La libertad de expresión, reconocida en el art. 20.1a) CE es definida por González Ballesteros como “una libertad total que, referida al mundo de la comunicación, ampara a cualquier persona por el medio posible de que se disponga y utilizando la forma o mensaje que el sujeto estime más conveniente”⁷⁶. Dicho derecho incluye en su objeto los pensamientos, ideas y opiniones así como las creencias y juicios de valor subjetivo. Hablamos de un derecho fundamental que pertenece a todas las personas protegiéndolas frente a la ingerencia de los poderes públicos.

Dentro de tal derecho tendría cabida la comunicación publicitaria. Fernández Areal afirma que “todo ser humano, polo mero e grandioso feito de selo, ten dereito á comunicación e, por tanto, a una información veraz e a elaborar, transmitir e recibir toda sorte de mensaxes, naturalmente tamén as publicitarias, sempre e cando se respecten, igualmente, o dereito a non querer recibilas”⁷⁷

La libertad de expresión no exige la difusión del pensamiento o idea, lo que protege la CE es la manifestación al exterior que nosotros hacemos de nuestras ideas, pero para la protección de dicho derecho no habrá de ser precisa la difusión en el sentido de propagarla ante un amplio auditorio. Lo

⁷⁶ González Ballesteros, T. *La genérica libertad de expresión y la específica libertad de información*. Cuenta y Razón. Madrid, 1.989. Pág. 41.

⁷⁷ Fernández Areal, M. *Publicidade e mensaxes publicitarios: aspectos socioxurídicos*. Revista Galega de Administración Pública (REGAP), nº 12. Santiago de Compostela, 1.996

contrario ocurre con el derecho a la información, que necesita de la difusión para realizarse.

Por su parte, el art.20.1d) CE recoge y protege el derecho a la información: *"A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión"*.

Hemos dicho ya que se trata de una novedad en el constitucionalismo español, pues reconoce este derecho de forma autónoma con respecto a la libertad de expresión, con el que no guarda ninguna relación de subordinación, es decir, se trata de derechos diversos, tal y como se deduce de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1.995. Recurso de amparo 761/1.993.

En dicha sentencia se afirma que "la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el que deben incluirse las creencias y los juicios de valor; en cambio, el derecho a comunicar información versa sobre hechos que puedan considerarse noticiables..."

El objeto del derecho a la información serán, por tanto, las noticias, su contenido será "la información, entendida como un bien físico (cuando está plasmada en un producto informativo) o como un bien material (cuando todavía reside en el intelecto del informador y no ha sido plasmada)"⁷⁸.

⁷⁸ Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Op. cit. Pág. 57.

Para Fernández Areal⁷⁹ la información busca la verdad, en ella se apoya y ello es lo que le distingue de actividades como la publicitaria o propagandística cuya finalidad primordial es la de persuadir, la de convencer a su destinatario. La información así entendida, es decir, veraz, es lo que protege el art. 20.1d) CE y no otras labores del mundo de la comunicación.

En opinión contraria se manifiesta Cremades⁸⁰ para quién “el publicitario es uno de los tipos posibles de mensajes y, por lo tanto objeto del derecho a la información (...). También podría argumentarse que el objetivo primario del hecho publicitario es el de persuadir, más que el de informar y que, por ese motivo, la divulgación publicitaria no es digna de la misma protección que reciben las actividades puramente informativas (...). Sin embargo, el hecho de que un discurso, un mensaje, la transmisión de un producto intelectual sea excesivamente persuasivo no puede conducir al legislador o al órgano judicial correspondiente ni a suprimirlos ni a otorgarles una protección distinta de la que se merecen”.

Cremades recuerda además que, actualmente, se usa de manera indistinta los términos comunicación o información publicitaria.

De nuevo hemos de referirnos a Fernández Areal, para quien la publicidad no puede considerarse modalidad informativa, del mismo modo que tampoco puede hablarse de información propagandística porque “una información persuasiva, por definición, ya no es información y, redundantemente, porque una información persuasiva con fines ideológicos

⁷⁹ Fernández Areal, M. *El proceso comunicativo*. Diputación Provincial de Pontevedra. Pontevedra, 1.999. Pág. 12 y ss. Ver también del mismo autor “Medios y modos de comunicación colectiva” en el libro *Comunicación Social*. EGAP. Santiago de Compostela, 1.995. Págs. 131-143.

⁸⁰ Cremades, J. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Op. cit. Pág. 244.

destruye el concepto mismo de información, cuya finalidad y resultado práctico es el simple enterado por parte del sujeto receptor del mensaje”⁸¹.

Sin embargo, para Santaella también la publicidad es información y ésta presenta, en opinión de este autor, un carácter persuasivo: “la publicidad, fundamentalmente, esencialmente, es Información (...). La publicidad es información en cuanto da a conocer la existencia de productos o de servicios y de sus cualidades y, la información es publicidad en cuanto trata casi siempre de persuadir o influir en el receptor de la comunicación”⁸².

Santaella distingue entre información general -aquella que interesa potencialmente a toda la audiencia de un medio-, información especializada -interesa potencialmente a sectores concretos de la audiencia global- y, la información comercial -aquella que pretende dirigir la atención de un público hipotéticamente desinteresado hacia una determinada persona, producto o servicio, con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación-⁸³.

Para este autor, publicidad e información son manifestaciones distintas de un mismo fenómeno, el proceso de comunicación.

El carácter informativo de la publicidad es también destacado por Fernández-Nóvoa quien mantiene que “la actividad publicitaria es, a la vez, informativa y persuasiva aunque, naturalmente, en cada anuncio o expresión

⁸¹ Fernández Areal, M. *El proceso comunicativo*. Op. cit. Pág 25.

⁸² Santaella López, M. *Consideraciones sobre el principio de autenticidad en la publicidad y la distinción entre actividad informativa y publicitaria*. Estudios de Información, nº 12, octubre-diciembre 1.969. Pág. 59.

⁸³ Santaella López, M. *Consideraciones sobre el principio de autenticidad*. Op. cit. Pág 60.

publicitaria concreta pueda prevalecer bien la dimensión informativa o bien la dimensión persuasiva”⁸⁴.

Rodríguez Pardo⁸⁵ defiende también que todo mensaje publicitario tiene un contenido informativo y que, entre ambas actividades -informativa y publicitaria-, ha habido una conexión que ha evolucionado con el paso de los años por lo que se hace preciso un replanteamiento de la actividad publicitaria pues ésta no solo vende sino que también informa.

Por este motivo, este autor aboga por un nuevo término, el de la comunicación comercial, entendida como un proceso de comunicación por medio del cual una empresa desea transmitir determinada información, principalmente sobre su oferta, a su público, formado sobre todo por compradores potenciales.

Desde esta perspectiva y, teniendo en cuenta ese contenido informativo, Rodríguez Pardo defiende la inclusión de la publicidad en el derecho a la información, si bien reconoce que la disciplina publicitaria ha sido estudiada desde otras perspectivas, caso del derecho de la publicidad -entendido como una rama que nace del derecho a la información, y que habrá de desarrollarse como disciplina autónoma- o desde el punto de vista de la legislación mercantil⁸⁶.

Por su parte, Ferraz Martínez destaca el componente persuasivo e informativo que comparte la publicidad, si bien defiende su diferencia con respecto a la Información o la Propaganda, cuya finalidad es ideológica y no comercial. El rasgo definitorio de la publicidad es la persuasión, lo cual

⁸⁴ Fernández-Nóvoa, C. *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*. Revista de Derecho Mercantil, nº 107, enero-marzo, 1.968. Pág. 15.

⁸⁵ Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Op. cit. Pág. 175.

manifiesta al afirmar que “en la publicidad contemporánea tiene más peso lo persuasivo que lo informativo, la sugestión emocional que el raciocinio”⁸⁷.

Al margen de las hipótesis mantenidas por los autores mencionados acerca de la naturaleza de la publicidad y su inclusión en el ámbito de protección del art. 20 CE, la doctrina europea ha venido a arrojar algo de luz sobre el asunto, al haberla reconocido incluida en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por España, donde se ha convertido en norma con rango de ley.

4.3.2.3.- *Art. 10 CEDH y art. 20 CE.*

La entrada de España en la Unión Europea supone la aceptación de las normas establecidas a nivel comunitario, es decir, la normativa europea entra a formar parte del ordenamiento jurídico español, afirmación que también se deriva de la interpretación de los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución Española.

Pero es preciso destacar que, si bien el art. 10 CEDH y el art. 20 CE reconocen y protegen los mismos derechos -uno de modo integrador y otro como derechos autónomos-, entre ambos es preciso destacar una serie de diferencias, aunque también existan analogías.

Así, el art. 20 CE reconoce ambos derechos de forma separada, por un lado un derecho a expresar pensamientos, opiniones, ideas (art. 20.1a) y

⁸⁶ Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Op. cit. Pág. 175.

⁸⁷ Ferraz Martínez, A. *El lenguaje de la publicidad*. Arco/Libros. Madrid, 1.996. Pág. 11.

un derecho que, si bien está relacionado con el anterior, es un derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1d).

Sin embargo, el CEDH recoge el derecho a la libertad de expresión como la expresión general de derechos que abarcan tanto la libertad de opinión como la de recibir o comunicar informaciones o ideas.

Es decir, el contenido de ambos artículos es distinto de tal modo que eso conlleva también repercusiones jurídicas en el sentido de que, mientras que el Tribunal de Estrasburgo sólo tiene que matizar las palabras recogidas en el CEDH, el Tribunal Constitucional español tiene que apoyarse en la jurisprudencia europea para dar alcance distinto a cada uno de los derechos⁸⁸.

A nivel europeo, los límites a ambos derechos aparecen delimitados en el art. 10.2 CEDH, a los que ya hemos aludido con anterioridad - seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, prevención de delito...-.

Los límites al art. 20 se encuentran delineados en su punto 4: *“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos que desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*.

⁸⁸ Freixes Sanjuán, T. *Libertades informativas e integración europea*. Op. cit. Pág. 75.

La coincidencia entre ambos artículos se encuentra en el respeto a los derechos de los demás, la protección del honor y la reputación, así como en el derecho a la intimidad.

En lo que se refiere a las garantías para el ejercicio de la libertad de expresión e información, el art. 10 CEDH recoge lo ya establecido hasta el momento, es decir, que los límites que se impongan estén previstos en la ley y sean precisos en una sociedad democrática y que la libertad de expresión implica la no ingerencia de ningún tipo de autoridad, no pudiendo encontrar impedimentos justificados en la existencia de fronteras.

En cuanto al art.20 CE, Freixes Sanjuán⁸⁹ destaca las garantías específicas: aquellas establecidas directamente por la CE, la prohibición de la censura (art. 20.2) y la necesidad de resolución judicial para el secuestro de publicaciones, grabaciones u otros medios de información (art. 20.5); y las garantías que precisan de una ley reguladora para su efectividad, tal y como dispone la propia Constitución con respecto a la cláusula de conciencia, el secreto profesional, el control parlamentario de los medios públicos, el acceso a los medios y el respeto al pluralismo social y lingüístico.

Sin embargo, no sólo hay diferencias entre los contenidos de ambos artículos, pues al hablar de los límites hemos señalado también la coincidencia entre ambos. Con sus similitudes y diferencias hemos de tener en cuenta que el CEDH forma parte del ordenamiento jurídico vigente en España por el hecho de formar parte del contenido del Derecho Comunitario

⁸⁹ Freixes Sanjuan, T. *Libertades informativas e integración europea*. Op. cit. Pag. 77.

y que, por ello, tiene aplicación prioritaria y directa sobre cualquiera de las materias que formen parte de la normativa comunitaria.

Es decir, el hecho de que sea un parámetro de aplicabilidad tiene su influencia en los legisladores, es decir, ni las Cortes Generales ni los Parlamentos de las Comunidades Autónomas pueden dictar normas contrarias a la regulación europea de la libertad de expresión o información.

La vinculación al ordenamiento europeo vincula también al poder ejecutivo, que tampoco podrá dictar normas contrarias y, a los tribunales de justicia, tanto ordinarios como al Constitucional, que pueden optar en sus resoluciones por varias posibilidades: aplicar directamente la norma comunitaria en sustitución de una norma interna que se descarte, intentar una interpretación de una norma interna siguiendo las directrices del Derecho europeo, puede plantear una cuestión prejudicial en interpretación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades, o bien adoptar medidas cautelares provisionales y/o suspender la aplicación de la norma interna a la espera de la resolución del Tribunal de Justicia de la Comunidades.

Esa vinculación que acabamos de reseñar implica la aceptación, por tanto, de la jurisprudencia que deriva de los tribunales europeos, lo cual quiere decir que la jurisprudencia española habrá de acatar la normativa comunitaria y considerar la publicidad comercial como uno de los contenidos protegidos dentro de la libertad de expresión, es decir, el hecho de realizar manifestaciones publicitarias habrá de considerarse un acto de la libertad de expresión de los ciudadanos, reconocido por el Derecho Comunitario y de aplicación en los Estados Miembros, entre ellos, España.

Otra cuestión es que la publicidad comercial pueda incluirse dentro del derecho a la información. Rodríguez Pardo establece que, el hecho de que el mensaje publicitario tenga un elemento informativo serviría para justificar tal apreciación y que, en caso de no tenerlo, siempre podría hallar protección en la libertad de expresión para conseguir su emisión.

Recordemos que este autor afirmaba la necesidad de un derecho a la Publicidad, desgajado del tronco de la Información pero que habría de ir consiguiendo autonomía con el paso del tiempo. Así, Rodríguez Pardo⁹⁰ es consciente de que “no pueden igualarse siempre los términos publicidad e información y podría recurrirse al empleo del término derecho a la publicidad como forma de expresar el derecho que toda persona tiene a conocer qué productos y qué servicios puede encontrar en el mercado, y como forma de expresar el derecho de todo empresario a publicitar sus productos o actividades”.

⁹⁰ Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Op. cit. Pág. 178.

CONCLUSIONES

La creatividad publicitaria forma parte de un fenómeno más amplio, el publicitario, integrado por un importante número de fases en que los sujetos intervinientes son variados. Delimitar el contenido de esta fase resulta difícil, no sólo por las opiniones divergentes de los profesionales y estudiosos de esta disciplina, sino también porque la creatividad, el término y su contenido, han tenido una definición imprecisa desde áreas como la Psicología o Sociología que han servido de base para su desarrollo posterior.

A pesar de su difícil delimitación, consideramos que la creatividad publicitaria es ordinariamente el trabajo final de una agencia desarrollado, en la mayor parte de los casos, por los creativos, a los que consideramos autores finales de la obra publicitaria, del anuncio final, entendido como la expresión artística que recoge toda la información previa sobre el producto o servicio ofrecido. Materialización de la que sólo los creativos son propiamente autores.

Entendido el anuncio o la obra publicitaria como obra artística, ésta obtiene su protección en las leyes de propiedad intelectual siempre y cuando

cumpla los requisitos establecidos en ellas. En el caso español, las obras publicitarias habrán de situarse en lo suscrito en el art. 10 de la LPI de 1.988 (TRLPI de 1.996). Es decir, serán creaciones originales y, por tanto susceptibles de protección, siempre y cuándo puedan ubicarse en alguno de los apartados referidos de dicho artículo.

La actual Ley de Propiedad Intelectual es la que proporciona la mayor protección a este tipo de obras, después de observar la evolución de la legislación sobre propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico español.

La Ley de Propiedad Literaria de 1.847 solo protegía aquellas obras que habían sido dadas a la imprenta, y sus propietarios, y no los autores, eran quienes obtenían derechos sobre ellas. El autor, una vez impresa la obra, perdía todo el poder sobre su creación.

Por su parte, la LPI de 1.879 protege las obras que han sido dadas a conocer, no se exige el requisito de la impresión, basta con que la obra haya sido presentada al público. Sin embargo, el derecho de autor solo se adquiere cuando la obra es inscrita en el registro.

La actual Ley de Propiedad Intelectual supone el reconocimiento expreso de las facultades morales y patrimoniales de los autores, que lo son por el simple hecho de crear, es decir, no se exige ningún requisito de inscripción. Es un derecho que pertenece al autor de modo originario.

Sin embargo, la protección que reciben las obras publicitarias es menor en el ámbito de las leyes publicitarias. La actual Ley General de Publicidad del año 1.988 no otorga a la obra publicitaria más protección que

la que pueda obtener a través de la propiedad intelectual e industrial, lo que supone un retroceso con respecto a la época de vigencia del Estatuto de la Publicidad.

En este documento las ideas y creaciones publicitarias, además del amparo que podían obtener a través de la propiedad intelectual e industrial, podían gozar del amparo del Estatuto cuando dichas creaciones fuesen originales, lo que abría una tercera vía de protección para los autores de dichas obras, capacitados por el Estatuto a perseguir el plagio de sus obras junto con los empresarios.

La obra publicitaria, como tal, gozaba de una mayor protección en la legislación publicitaria anterior, puesto que en la actualidad su originalidad solo será protegible si cumple los requisitos exigidos en la LPI.

Por lo que respecta a los autores de las creaciones publicitarias, los creativos, éstos tan solo mantienen sobre la obra los denominados derechos morales, reconocidos por primera vez de forma expresa en la actual Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI de 1.996).

Por lo que respecta a los derechos patrimoniales, derechos de explotación sobre la obra, éstos pertenecen al anunciante o al empresario en virtud de la relación laboral que mantienen con la agencia, y del contrato de creación publicitaria por el que se ceden los derechos de explotación, salvo pacto en contrario.

Además, habrá de tenerse en cuenta que hablamos de una obra realizada en coautoría por los miembros del equipo creativo, que dan lugar a

una obra que no puede separarse en partes diferenciadas, bajo la supervisión de un coordinador que edita y divulga dicha obra y que, tal y como se establece en el art. 8 de la LPI, obtiene los derechos sobre la misma, ya que hablamos de una obra colectiva.

El hecho de que un anuncio u obra publicitaria obtenga protección jurídica no implica que no tenga limitaciones en su construcción, límites que encuentra en el ordenamiento publicitario pero también en el ámbito constitucional.

La Ley General de Publicidad delimita las formas que habrán de obviarse en la construcción de mensajes publicitarios para permitir un mercado en el que sus protagonistas concurren en igualdad de condiciones por medio de prácticas de competencia leal y establecidas en la Ley de Competencia Desleal. Ambas leyes deberán ir de la mano para que exista un mercado en el que los consumidores puedan elegir libremente los productos y servicios que más les interesen.

La Constitución contiene también límites en torno al desarrollo de la actividad publicitaria, protegida dentro del derecho a la libertad de expresión -art. 20- a raíz de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Comunidades partiendo de las directrices del Convenio Europeo de Derechos Humanos, suscrito por nuestro país y convertido en norma de aplicación directa, con rango de ley.

Es decir, a pesar de que tradicionalmente la Constitución Española sólo consideraba a la Información, entendida como mensaje de hechos noticiables, incluida en el art. 20 como un derecho fundamental para el buen

funcionamiento de una sociedad democrática, la doctrina del Derecho Comunitario ha incluido también a la publicidad dentro de la libertad de expresión, por lo que los límites marcados a los derechos fundamentales se aplican también a la actividad publicitaria.

En definitiva, la obra publicitaria obtiene protección sólo en el ámbito de la propiedad intelectual, siempre y cuando pueda incluirse en una de sus formas. La actual Ley General de Publicidad niega el amparo a las obras publicitarias originales, contrariamente a lo que mantenía el derogado Estatuto de la Publicidad.

El creativo no tiene la titularidad de los derechos de propiedad intelectual, ya que los derechos de explotación sobre su obra corresponden al empresario o anunciante, en virtud del uso que vaya a darse a la obra.

Solamente mantiene, el creativo, los derechos morales, tales como el reconocimiento a la autoría; pero no podrá defenderse frente a cualquier perjuicio sobre su obra, cuestión que corresponderá a los titulares de los derechos de explotación.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- AAKERS, D. y MYERS, J. *Management de la publicidad*. Editorial Hispano Europea. Barcelona, 1.993.

- ALEXANDER, T. *Sinéctica: la invención por el método de la locura*. Revista Fortune 72, 1.965.

- ANAUT, N. *Breve historia de la publicidad*. Editorial Claridad. Buenos Aires, 1.990.

- ARRABAL, P. *Manual práctico de propiedad intelectual e industrial*. Ediciones Gestión 2.000. Barcelona, 1.991.

- BARRY, A. M. *El portafolio creativo del publicista*. McGraw-Hill. México, 1.992.

- BASSAT, L. *El libro rojo de la publicidad*. Folio. Barcelona, 1.994, 6ª edición.

- . *El libro rojo de las marcas*. Espasa Calpe. Madrid, 1.999.

- BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de derecho industrial*. Civitas. Madrid, 2ª edición, 1.993.

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R (coordinador). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1.997. Comentario de los arts. 1, 10 y 11.

- BOTANA AGRA, M. *Los derechos de explotación de la obra del autor en la ley española de propiedad intelectual*. Actas de Derecho Industrial, tomo XII. Universidad de Santiago de Compostela, 1.987/1.988.
- CARMONA SALGADO, C. *Libertad de expresión e información y sus límites*. EDERSA. Madrid, 1.991.
- CARRASCO PERERA, A. Comentario de los arts. 5, 6 y 7 de la LPI en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. Bercovitz. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1.997.
- CASTÁN TOBEÑAS. *Los derechos de la personalidad*. RGLJ. Julio/agosto/septiembre de 1.995.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. Comentario del art. 48 de la LPI en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. Bercovitz. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1.997.
- CRAWFORD, R.P. *Techniques of creative thinking*. Hawthorn Books. Nueva York, 1.954.
- CREMADES, J. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. La Ley-Actualidad. Madrid, 1.995.
- DAVIS, Gary A. y SCOTT, J. *Estrategias para la Creatividad*. Paidós Educador. Barcelona, 3ª reimpresión, 1.992.

- DE BONO, E. *El pensamiento lateral*. Edt. Paidos Empresa 5. Ediciones Paidos Ibérica. Barcelona, 3ª edición, 1.993.

- DE LOS ANGELES, J. *Creatividad Publicitaria*. Concepto, estrategias y valoración. Editorial Eunsu. Pamplona, 1.996.

- DRÙ, J.M. *Disrupción. Desafiar convencionalismos y estimular el mercado*. Editorial Eresma & Celeste ediciones. Madrid, 1.997.

- ECHEVERRÍA VICENTE, M. A. *Creatividad y Comunicación*. GTE editorial. Madrid, 1.995.

- FERNÁNDEZ AREAL, M. *La estructura democrática de la Información*. Diputación Provincial de Pontevedra. Pontevedra, 1.998.

- . *"Medios y Modos de comunicación colectiva"*. En el libro colectivo *La comunicación social*. Escola Galega de Administración Pública (EGAP). Santiago de Compostela, 1.995.

- . *El proceso comunicativo*. Diputación Provincial de Pontevedra. Pontevedra, 1.999.

- . *Publicidade e mensaxes publicitarios: aspectos socixurídicos*. Revista Galega de Administración Pública (REGAP), nº 12. Santiago de Compostela, 1.996.

- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. *El derecho moral de los autores*. Actas de Derecho Industrial, tomo XIII. Universidad de Santiago de Compostela, 1.987/1.988.

. *La protección jurídica de las obras y creaciones publicitarias*. Estudios de Derecho de la Publicidad. Universidad de Santiago de Compostela, 1.989.

. *La regulación de la publicidad engañosa y desleal en la CEE*. Estudios de Derecho de la Publicidad. Universidad de Santiago de Compostela, 1.989.

. *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*. Revista de Derecho Mercantil, nº 107, enero-marzo de 1.968.

. *La publicidad de tono estrictamente personal*. Estudios de Derecho de la Publicidad. Universidad de Santiago de Compostela, 1.989.

- FERRAZ MARTÍNEZ, A. *El lenguaje de la publicidad*. Arco/Libros. Madrid, 1.996.

- FERRER ROSELLÓ, C. *Nada escapa a la publicidad*. Edimarco. Madrid, 1.996.

- FREIXES SANJUÁN, T. *Libertades informativas e integración europea*. Colex. Madrid, 1.996.

- FREUD, S. *"Lecciones introductorias al psicoanálisis"*. Obras completas VI. Madrid, 1.972.
- GALÁN CORONA, E. Comentario del art. 3 de la LPI en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. Bercovitz. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1.997.
- GARCÍA UCEDA, M. *Las claves de la publicidad*. ESIC. Madrid, 1.995.
- GOLDSTEIN, M. *Derechos editoriales y de autor*. EUDEBA. Universidad de Buenos Aires, 1.998.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. *La genérica libertad de expresión y la específica libertad de información*. Cuenta y Razón. Madrid, 1.989.
- GONZÁLEZ MARTÍN, J. A. *Teoría General de la Publicidad*. Editorial: Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1.996.
- GORDON, W. *Synectics: the development of creative capacity*. Harper and Row. Nueva York, 1.961.
- GUILFORD, J.P. *Creativity and cultivation*. Harper. Nueva York, 1.959.
- HARRISON, T. *Técnicas de publicidad*. Deusto. Bilbao, 1.993.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, C. *Manual de creatividad publicitaria*. Edt. Síntesis. Madrid, 1.999.

- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, C. *Dimensión actual y tendencias de la creatividad publicitaria*. Comunicación 2.000. Madrid, 1.994.

- HIGGINS, D. *El arte de escribir publicidad*. McGraw-Hill. México, 1.991.

- HOPKINS, C. *Mi vida en publicidad*. Eresma. Madrid, 1.980.

- . *Publicidad científica*. McGraw- Hill. México, 1.991.

- JOANNIS, H. *El proceso de creación publicitaria*. Deusto. Bilbao, 1.992.

- . *La creación publicitaria desde la estrategia de marketing*. Deusto. Bilbao, 1.996.

- LACRUZ BERDEJO, J.L. Comentario del art. 2 de la LPI en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. Bercovitz. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1.997.

- LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A. RIVERO HERNÁNDEZ, F. *Elementos de Derecho Civil*. Jose Mª Bosch editor. Barcelona, 1.990.

- LANDAU, E. *El vivir creativo. Teoría y práctica de la creatividad*. Herder. Barcelona, 1.987.

- LASKER, A. D. *Campañas publicitarias exitosas*. McGraw-Hill. México, 1.992.

- LEDUC, R. *Principios y prácticas de la publicidad*. Deusto. Bilbao, 1.989.

- LEMA DEVESA, C. *La propiedad intelectual en la publicidad*. Comunicación y Estudios Universitarios. Revista de CCII, nº 7, 1.997.

. *La CEE armoniza la regulación de la publicidad engañosa*. Actas de Derecho Industrial, tomo X. Universidad de Santiago de Compostela, 1.984/1.985.

. *La Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1.988*. Actas de Derecho Industrial, tomo XII. Universidad de Santiago de Compostela, 1.987/1.988.

- LORENTE, J. *Casi todo lo que se de publicidad*. Folio. Barcelona, 1.995.

- MARCO MOLINA, J. *La propiedad intelectual en la legislación española*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid, 1.995.

- MARTÍNEZ ESPÍN, P. Comentario del art. 14 de la LPI en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. Bercovitz. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1.997.

- MARTÍNEZ PÉREZ, C. *La Ley General de Publicidad y el futuro delito publicitario*. Actas de Derecho Industrial, tomo XIII. Universidad de Santiago de Compostela, 1.989/1.990.

. *El delito de publicidad engañosa en el proyecto de Código Penal de 1.992*. Actas de Derecho Industrial, tomo XIV. Universidad de Santiago de Compostela, 1.991/1.992.

- MATUSSEK, P. *La Creatividad. Desde una perspectiva psicodinámica*. Editorial Herder. Barcelona, 1.984.

- MEDNICK, S. *The associative basis of the creative process*. Revista de Psiquiatría, 63. Nueva York, 1.969.

- MOLINÉ, M. *La comunicación activa. Publicidad sólida*. Deusto, 2ª edición. Bilbao, 1.991.

- OGILVY, D. *Anotaciones privadas de David Ogilvy*. Folio. Barcelona, 1.990.

. *Ogilvy & la publicidad*. Folio. Barcelona, 1.994.

- ORTEGA, E. *La comunicación publicitaria*. Pirámide. Madrid, 1.997.

- OSBORN, A. *Imaginación aplicada*. Velflex. Madrid, 1.997.

- OTERO LASTRES, J.M. *El modelo industrial*. Montecorvo. Madrid, 1.977.

. *La nueva ley sobre Competencia Desleal*. Actas de Derecho Industrial, tomo XIV. Universidad de Santiago de Compostela, 1.991/1.992.

- PÉREZ SERRANO, J. *El derecho moral de los autores*. ADC, 1.949,
- PETIT, F. *Publicidad ilimitada*. Folio. Barcelona, 1.994.
- PINO ABAB, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la LGP de 1.988*. Instituto Nacional de Consumo. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1.991.
- PRINCE, G. *El mecanismo operativo de la sinéctica*. Journal of Creative Behavior, nº 2, 1.968.
- RAMOS FERNÁNDEZ, F. *Los límites de la publicidad*. Texto mecanografiado del segundo ejercicio del autor para el concurso de una plaza de Profesor Titular en la Universidad de Vigo. Pontevedra, 1.999.
- REPUCCI, L.C. *Investigaciones sobre la creatividad*. Hydrocarbon Processing, nº 41, 1.962.
- RIPOLL CARULLA, S. *Las libertades de información y comunicación en Europa*. Tecnos. Madrid, 1.995.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. Comentario de los arts. 4 y 21 y Sección II (Derechos de Explotación) de la LPI en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. Bercovitz. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1.997.
- RODRÍGUEZ PARDO, J. *Derecho de la Comunicación*. Laverde ediciones. Santiago de Compostela, 1.999.

- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. Comentario de los arts. 8 y 51 de la LPI en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. Bercovitz. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1.997.

. *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1.992.

- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. y BONDÍA ROMÁN, F. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Civitas. Madrid, 1.997.

- ROMAN, K. y MAAS, J. *El nuevo cómo anunciar*. Grupo Control. Madrid, 1.995.

- RUIZ VADILLO, E. *Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad en el estatuto de 11 de junio de 1.964*. Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas, III. Pamplona, 1.969.

- RUSSELL, J.T. y LANE, W.R. *Kleppner Publicidad*. Prentice Hall, 12ª edición. México, 1.994.

- SACKS, O. "Prodigios". *Un antropólogo en Marte*. Anagrama. Barcelona, 2ª edición, 1.992.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. *La libertad de expresión*. Marcial Pons. Madrid, 1.992.

- SANTAELLA, M. *Introducción al derecho de la publicidad*. Civitas. Madrid, 1.982.

. *El nuevo derecho de la publicidad*. Civitas, Madrid, 1.989.

. *Valoración crítica ante una posible reforma del Estatuto de la Publicidad*. Publitécnia, nº47, 1.978.

. *Consideraciones sobre el principio de autenticidad en la publicidad y la distinción entre la actividad informativa y la publicitaria*. Estudios de Información, nº 12. Octubre-diciembre de 1.969.

- SANTOS LAGO, J.L. *Creaciones publicitarias y propiedad industrial*. Revista del Instituto Nacional de la Publicidad, nº 13, julio-agosto de 1.969.

- SARAZA JIMÉNEZ, R. *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Aranzadi. Pamplona, 1.995.

- TALLÓN GARCÍA, J. *Los principios jurídicos de la publicidad*. Estudios de Información, nº 17, 1.971.

- TATO PLAZA, A. *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. Actas de Derecho Industrial, tomo XIV. Universidad de Santiago de Compostela, 1.991/1.992.

. *Propuesta de directiva da CEE sobre publicidade comparativa*. Actas de Derecho Industrial, tomo XIV. Universidad de santiago de Compostela, 1.991/1.992

. *La publicidad comparativa*. Marcial Pons. Madrid, 1.996.

. *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana: nuevos desarrollos*. Actas de Derecho Industrial, tomo XV. Universidad de Santiago de Compostela, 1.993.

- ULMANN, G. *Publicidad*. Rialp. Madrid, 1.972.

- VÁZQUEZ LEPINETTE, T. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1.996.

- VERALDI, G. y VERALDI, B. *Psicología de la creación*. Ediciones Mensajero, 3ª edición. Bilbao, 1.990

- VERBALIM, CH. *¿Qué es la creatividad?*. Hydrocarbon Processing, nº 41, 1.962.

- VIDAL SILVA, P. *Diccionario de Ciencias y Técnicas de la Comunicación*. Director: Angel Benito. Ediciones Paulinas. Madrid, 1.991.
Voz: creatividad publicitaria.

- WEBB YOUNG, J. *Como hacerse publicitario*. Eresma, 1.980.

- WELLS, W. BURNETT, J. MORIARTY, S. *Publicidad. Principios y prácticas*. Prentice Hall. México, 1.996.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

- Constitución Española de 27 de diciembre de 1.978.
- Ley 61/1964, de 11 de junio, del Estatuto de la Publicidad.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- Ley 22/1987, de 11 de noviembre, sobre Propiedad Intelectual.
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LPI. (TRLPI).
- Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio de 1.847.
- Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1.879.
- Directiva del Consejo de 10 de septiembre 84/450/ECC, sobre publicidad engañosa.
- Directiva del Parlamento Europeo y Consejo de 6 de octubre 97/55/CE, sobre publicidad engañosa y comparativa.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1.948.

- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1.950.
- Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1.966.